

Straf- und zivilrechtliche Aspekte
der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB
mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen
durch einen Elternteil

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

SUSANNE HÜPPI

von Zürich und Gommiswald SG

1980

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. Jörg Rehberg und
Prof. Dr. Hans Michael Riemer



Straf- und zivilrechtliche Aspekte
der Kindesentziehung gemäss Art. 220 StGB
mit Schwergewicht auf den Kindesentführungen
durch einen Elternteil

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

SUSANNE HÜPPI

von Zürich und Gommiswald SG

genehmigt auf Antrag der
Herren Prof. Dr. Jörg Rehberg und
Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 24. Februar 1988

Der Dekan:

Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Heft 15 der

Zürcher Studien zum Strafrecht

Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Jährlich werden in der Schweiz ca. 120 - 150 Kinder dem Obhut-inhaber entzogen oder vorenthalten (im allgemeinen Sprachgebrauch Kindesentführungen genannt). Sozusagen in allen Fällen wird das Kind von einem eigenen Elternteil entführt. In den wenigsten Fällen gelang es bis anhin, das ins Ausland verschleppte Kind mit behördlicher Unterstützung wieder zurückzuführen. Hauptsächlich durch das Engagement und die Aktivitäten der Selbsthilfegruppen gegen die Entführung von Kindern wurde die Problematik der Kindesentziehung unter Elternteilen an die Öffentlichkeit getragen.

Im 1. Teil meiner Arbeit analysierte ich anhand der Rechtsprechung und Lehre die Tatbestandselemente des Art. 220 StGB, der dem verletzten Obhutinhaber strafrechtlichen Schutz bieten sollte. Die Täterschaft eines Elternteils steht im Mittelpunkt meiner Abhandlung, in der ich auch die deutschen und österreichischen Strafrechtsregelungen (Gesetzestexte im Anhang I) berücksichtigte.

In Anbetracht der sich stellenden Rechtsprobleme hinsichtlich der Anwendung des Art. 220 StGB, insbesondere bei internationalen Sachverhalten, und der im Gange befindlichen Revision der Delikte gegen die Familie beschäftigte ich mich im 2. Teil mit der Neufassung einer griffigen Strafrechtsnorm, welche die Grundlage dafür bildet, den internationalrechtlichen Bestrebungen, den Kindesentführungen durch zivilrechtliche Abkommen entgegenzutreten (Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (Gesetzestext im Anhang II) und das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (Gesetzestext im Anhang III)), zum Durchbruch zu verhelfen.

Der 3. und 4. Teil wenden sich hauptsächlich an die betroffenen Eltern und Behörden, die mit dem Problem der Kindesentführung direkt konfrontiert werden: Er enthält Vorschläge präventiver Massnahmen, um eine Kindesentziehung zu verhindern und Ratschläge hinsichtlich des rechtlichen Vorgehens bei bereits erfolgter Entführung.

Durch die vorliegende Arbeit habe ich versucht, Klarheit in die teilweise inkonsequente und ungenaue Rechtsprechung bezüglich Art. 220 StGB zu bringen sowie rechtliche und faktische Mängel auf diesem Gebiet aufzuzeigen.

Ich hoffe, dass meine Ausführungen und Revisionsvorschläge dazu beitragen, diese Strafrechtsnorm als wirksamer Schutzmechanismus gegen Kindesentführungen auszubauen und dem strafbaren Verhalten des Elternteils, der das eigene Kind entzieht oder vorenthält, den Charakter eines familiären Bagatelldelikts zu nehmen.

Herzlich danken möchte ich meinen beiden "Doktorvätern" Prof. J. Rehberg, der mich zu dieser Arbeit anregte und sie unterstützte, sowie Prof. H.M. Riemer, der sich sofort bereit erklärt hat, diese Arbeit mitzubegutachten.

Herzlich bedanken möchte ich mich auch bei Prof. W. Haller, der mich während meiner Assistentenzeit motivierte und Humor und Verständnis zeigte, wenn ich zu selbstkritisch an meinem Vorhaben zweifelte.

Danken möchte ich auch Frau Monique Werro, RA Dr. René Müller und Herrn Bernard Deschenaux für Ihr Entgegenkommen und ihre Gesprächsbereitschaft. Ihre Schilderungen zahlreicher Fälle von Kindesentziehungen halfen mir die Tragweite der faktischen und rechtlichen Probleme zu erkennen.

Ein spezielles Dankeschön gebührt Monika und Stephan für die sorgfältige Lektüre meines Manuskriptes.

Innigst danken möchte ich meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht und mich in all meinen Plänen moralisch und tatkräftig unterstützt haben. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

1. Teil: Grundlagen	1
1. Kapitel: Die objektiven Tatbestandselemente	1
2. Kapitel: Der Täter	70
3. Kapitel: Die subjektiven Tatbestandselemente	132
4. Kapitel: Der Versuch	140
5. Kapitel: Mitwirkung mehrerer Personen an einer Straftat (Teilnahme i.w. Sinn)	145
6. Kapitel: Mitwirkung des Kindes an der Straftat	161
7. Kapitel: Rechtfertigungsgründe	167
8. Kapitel: Strafprozessvoraussetzungen	201
9. Kapitel: Rechtsfolgen	233
10. Kapitel: Konkurrenzen	238
2. Teil: Gedanken zur Revision	245
1. Kapitel: Beibehalten der jetzigen Strafnorm?	245
2. Kapitel: Ersatzloses Streichen oder Revision des Art. 220 StGB?	266
3. Teil: Präventive Massnahmen, um eine Entführung zu verhindern	279
4. Teil: Hinweise bei erfolgter Entführung	302
Anhang I: § 235 dtStGB	309
§ 195 öStGB	
Anhang II: Europäisches Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01)	311
Anhang III: Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 211.230.02)	327
Anhang IV: Antrag auf Rückgabe des Kindes (Musterformular)	341



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507224_0007

Vorwort	III
Inhaltsübersicht	V
Literaturverzeichnis	XXIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX
 1. TEIL: GRUNDLAGEN	 1
1. Kapitel: Die objektiven Tatbestandselemente	1
§ 1 Geschütztes Rechtsgut	1
A. Elterliche Gewalt	1
I. Rechtsnatur	1
1. Fremdnützigkeit (Zweckgebundenheit)	1
2. Persönlichkeitsrecht und Unverzichtbarkeit	1
3. Selbständigkeit	3
4. Ausschliesslichkeit und Unteilbarkeit	4
II. Träger der elterlichen Gewalt	6
1. Voraussetzungen	6
a) Gesetzliches Kindesverhältnis	6
b) Mündigkeit	6
2. Dauer	6
3. Verhältnis der Eltern	7
a) Miteinander verheiratete Eltern	7
aa) Bei gemeinsamem Haushalt	7
bb) Nach Aufhebung des Haushaltes, Trennung oder Auflösung der Ehe	8
b) Unverheiratete Eltern	8
4. Stiefeltern	10
5. Pflegeeltern	10
III. Inhalt der elterlichen Gewalt	12
1. Im Allgemeinen	12
2. Aufenthaltsbestimmungsrecht	13
a) Allgemeines	13
b) Begriff und Rechtsnatur der Obhut	14
c) Träger der Obhut	16
aa) Mitinhaber der elterlichen Gewalt mit zusätzlicher Obhut	16
bb) Vormund und Vormundschaftsbehörde als Träger der vormundschaftlichen Gewalt mit Obhut	16
cc) Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin gemäss Art. 310 ZGB ohne Restgewalt	17
dd) Urteilende oder vollziehende Behörde des Jugendstrafrechts mit Obhut ohne Restgewalt	17

VIII	d) Rechtsstellung der vormundschaftlichen Hilfsorgane	18
	e) Rechtsstellung der Pflege- und Stiefeltern	19
	3. Erziehung und Ausbildung	19
	4. Religiöse Erziehung	19
	5. Gesetzliche Vertretung	20
	6. Vermögensverwaltung	21
	7. Wahl des Vornamens	21
IV.	Der strafrechtliche Schutz der elterlichen Gewalt	22
	1. Intentionen des Gesetzgebers von 1937	22
	2. Konkretisierung des Schutzbereiches durch Rechtsprechung und Lehre	23
	a) Rechtsprechung des Bundesgerichtes	24
	b) Kantonale Rechtsprechung	29
	c) Lehre	31
	3. Würdigung	32
	a) <u>1. Theorie</u> : Schutzobjekt ist die elterliche Gewalt als Summe der Rechte und Pflichten im zivilrechtlichen Sinn	32
	b) <u>2. Theorie</u> : Schutzobjekt ist nur ein Teilbereich der elterlichen Gewalt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Gewaltinhabers	34
	c) <u>3. Theorie</u> : Schutzobjekt ist nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers, unabhängig von der Inhaberschaft der restlichen elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt	36
B.	Vormundschaftliche Gewalt über unmündige Personen	43
I.	Rechtsnatur	43
II.	Inhalt und Träger	43
	1. Erziehung und Ausbildung	44
	2. Religiöse Erziehung	45
	3. Aufenthaltsbestimmungsrecht	46
	4. Gesetzliche Vertretung	46
	5. Vermögensverwaltung	47
III.	Der strafrechtliche Schutz der vormundschaftlichen Gewalt	47
§ 2	"Tatsubjekt"	50
A.	Unmündiges Kind	50
B.	Entmündigte Person	52
§ 3	Tathandlung	54
A.	Entziehen	54
I.	Grammatikalische Auslegung	54

II.	Teleologische Auslegung	54	IX
1.	Faktisches Gewaltverhältnis	55	
2.	Oertliche Trennung	56	
3.	Dauer des Eingriffes	56	
4.	Erfordernisse auf Seiten des Obhutinhabers	58	
5.	Tatmittel	59	
III.	"Problemfälle"	59	
1.	Entzug eines entzogenen resp. vorenthaltenen Kindes	59	
2.	Beherbergen, Verköstigen eines weggelaufenen Kindes	60	
IV.	Würdigung	64	
B.	Vorenthalten	66	
I.	Bedeutung	66	
1.	Gemäss Lehre	66	
2.	Gemäss Rechtsprechung	67	
3.	Anwendungsbereich	67	
II.	Rechtliche Qualifikation	68	
	2. Kapitel: Der Täter	70	
§ 4	Der Täter war noch nie Inhaber der elterlichen Gewalt	70	
A.	Dritter ohne Kindesverhältnis zum Kind	70	
B.	Täter mit Kindesverhältnis zum Kind	71	
I.	Die entmündigte oder unmündige Mutter	71	
II.	Der aussereheliche Vater	71	
§ 5	Der Täter war ursprünglicher Inhaber der elterlichen Gewalt	72	
A.	Entmündigte Mutter oder entmündigter Vater	72	
B.	Entziehung der elterlichen Gewalt als zivil- oder strafrechtliche Kindesschutzmassnahme	72	
I.	Entziehung der elterlichen Gewalt durch die vormundschaftlichen Behörden (Art. 311f. ZGB)	72	
1.	Die ordentliche Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311 ZGB	72	
2.	Die erleichterte Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 312 ZGB	73	
II.	Entziehung der elterlichen Gewalt resp. vormundschaftlichen Gewalt durch den Strafrichter (Art. 53 StGB)	74	

X	C. Aberkennung der elterlichen Gewalt	76
	I. Durch Scheidungsurteil	76
	II. Durch Trennungsurteil	79
	III. Durch vorsorgliche Massnahme	80
	IV. Durch Eheschutzurteil	81
	V. Durch Abänderungsurteil	83
	D. Der Vormund nach Ablauf seiner Amtsdauer (Art. 415, 442f. ZGB) oder nach Amtsenthebung (Art. 445 ZGB)	84
	§ 6 Der Täter ist Mitinhaber der elterlichen Gewalt	86
	A. Gerichtliche Zuteilung der Obhut an das "Opfer"	88
	I. Zuteilung der Obhut durch Eheschutzrichter an "Opfer"	88
	II. Zuteilung der Obhut als vorsorgliche Massnahme an "Opfer" im Ehetrennungs-, Ehescheidungs- oder Abänderungsverfahren (Art. 145 ZGB)	89
	III. Zuteilung der Obhut durch Trennungsurteil an "Opfer"	90
	B. Fehlende richterliche Obhut zuteilung	90
	I. Bei einverständlicher Trennung mit Abschluss eines Obhutvertrages zwischen den Ehegatten	90
	1. Die Rechtsnatur des Obhutvertrages	91
	2. Zulässigkeit eines Obhutvertrages zwischen den Ehegatten	92
	3. Rechtswirkungen des zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrages	93
	4. Strafrechtliche Konsequenzen aus Art. 220 StGB im Hinblick auf den zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrag	95
	II. Bei berechtigter Trennung nach Art. 170 I und II ZGB ohne Einverständnis des Ehegatten	99
	1. Trennungsvoraussetzungen nach Art. 170 I und II ZGB	99
	a) Ernstliche Gefährdung (Art. 170 I ZGB)	99
	aa) Gefährdung der physischen oder psychischen Gesundheit	99
	bb) Gefährdung des guten Rufs	99
	cc) Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens	100

b) Richterliche Voraussetzungen analog Art. 170 I ZGB	100	XI
aa) Unmöglichkeit des Zusammenlebens	100	
bb) Unzumutbarkeit des Zusammenlebens	100	
c) Hängigkeit einer Scheidungs- oder Trennungsklage (Art. 170 II ZGB)	101	
d) Voraussetzungen unter dem neuen Eherecht	101	
2. Strafrechtsslage bezüglich Art. 220 StGB unter dem alten Kindesrecht	101	
3. Strafrechtsslage bezüglich Art. 220 StGB unter dem neuen Kindesrecht	105	
4. Einwände gegen diese Rechtsprechung	105	
III. Bei unberechtigter Trennung ohne Einverständnis des Ehegatten	106	
 C. Gerichtliche Zuteilung der Obhut an den "Täter"	107	
I. Strafrechtlicher Schutz der verbleibenden elterlichen Gewalt des Mitinhabers ohne Obhut?	107	
II. Strafrechtlicher Schutz des Besuchsrechts des Mitinhabers ohne Obhut?	110	
1. Inhalt und Rechtsnatur des Besuchsrechts	110	
2. Schranken des persönlichen Verkehrs	112	
3. Rechtsträger	113	
a) Eltern	113	
b) Dritte	114	
4. Festsetzung des persönlichen Verkehrs	114	
a) Durch die Vormundschaftsbehörde	114	
b) Durch den Richter	115	
c) Zwischen den Ehegatten vereinbartes Besuchsrecht	115	
5. Strafrechtlicher Schutz des Besuchsrechts des Mitinhabers der Gewalt ohne Obhut	117	
6. Würdigung	118	
 D. Aufhebung der elterlichen Obhut als Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 310 ZGB	120	
I. Voraussetzungen	120	
1. Gemäss Art. 310 I ZGB	120	
2. Gemäss Art. 310 II ZGB	120	
3. Gemäss Art. 310 III ZGB	121	
II. Zuständigkeit	123	
III. Strafrechtsslage bezüglich Art. 220 StGB	124	
1. Aufhebung der elterlichen Obhut nur gegenüber einem Elternteil	124	
2. Aufhebung der elterlichen Obhut gegenüber beiden Inhabern der elterlichen Gewalt	125	



XII	3. Exkurs: Schutz der Pflegeeltern durch Art. 220 StGB?	126
	a) Rechtsstellung der Pflegeeltern	126
	b) Strafrechtsslage bezüglich Art. 220 StGB	127
	4. Exkurs: Schutz der Heimleiter durch Art. 220 StGB?	128
	5. Exkurs: Strafrechtlicher Schutz des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut, der die Tat nicht billigt?	129
	E. Der Vormund als Täter gegenüber seinem Mitvormund	129
	F. Der Vormund als Täter gegenüber der Vormundschaftsbehörde	130
	§ 7 Das Kind als Täter?	131
	3. Kapitel: Die subjektiven Tatbestandselemente und der Sachverhaltsirrtum	132
	§ 8 Der Vorsatz	132
	I. Direkter Vorsatz (dolus directus)	132
	II. Eventualvorsatz (dolus eventualis)	133
	§ 9 Sachverhaltsirrtum	134
	I. Allgemeines	134
	II. Der Sachverhaltsirrtum bezüglich Art. 220 StGB	137
	1. Bezüglich der Inhaberschaft der elterlichen Gewalt	137
	2. Bezüglich der Unmündigkeit des entzogenen resp. vorenthaltenen Kindes	137
	3. Bezüglich des Vorliegens einer Einwilligung des Obhutinhabers	138
	4. Bezüglich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes	139
	4. Kapitel: Der Versuch	140
	I. Versuch des Entziehens des unmündigen Kindes	140
	1. Abgrenzung des Versuchs zum vollendeten Delikt	140
	2. Abgrenzung des Versuchs zu straflosen Vorbereitungshandlungen	141
	3. Rücktritt vom unvollendeten Versuch	143
	II. Versuch des Vorenthalten des unmündigen Kindes	144

5. Kapitel: Mitwirkung mehrerer Personen an einer Straftat (Teilnahme i.w. Sinne)	145	XIII
§ 10 Anstiftung (Art. 24 StGB)	145	
A. Allgemeines	145	
I. Der objektive Tatbestand der Anstiftung	145	
II. Der subjektive Tatbestand der Anstiftung	146	
III. Vollendung und Versuch	147	
IV. Die Bestrafung des Anstifters	147	
B. Anstiftung zu Art. 220 StGB	147	
§ 11 Gehilfenschaft (Art. 25 StGB)	148	
A. Allgemeines	148	
I. Der objektive Tatbestand der Gehilfenschaft	148	
II. Der subjektive Tatbestand der Gehilfenschaft	150	
III. Vollendung und Versuch	150	
IV. Die Bestrafung des Gehilfen	150	
V. Abgrenzung der Gehilfenschaft zur Anstiftung	151	
B. Gehilfenschaft zu Art. 220 StGB	151	
§ 12 Mittäterschaft	154	
A. Allgemeines	154	
I. Begriff und Bedeutung	154	
II. Abgrenzung der Mittäterschaft zur Gehilfenschaft	154	
1. Subjektive Theorien	154	
2. Objektive Theorien	155	
3. Tatherrschaftslehren	155	
4. Mittäterschaft gemäss Bundesgerichtspraxis und herrschender Lehre	156	
III. Abgrenzung der Mittäterschaft gegenüber der Anstiftung	157	
IV. Strafbarkeit des Mittäters	157	

XIV	B. Mittäterschaft zu Art. 220 StGB	158
	§ 13 Mittelbare Täterschaft	159
	A. Allgemeines	159
	B. Mittelbare Täterschaft zu Art. 220 StGB	160
	6. Kapitel: Mitwirkung des Kindes an der Straftat	161
	§ 14 Das Kind als Anstifter, Gehilfe oder Mittäter?	161
	§ 15 Strafbarkeit der mit dem Kind zusammenwirkenden Person	163
	7. Kapitel: Rechtfertigungsgründe	167
	§ 16 Notwehr (Art. 33 StGB)	167
	A. Begriff	167
	B. Voraussetzungen der Notwehr	167
	I. Angriff	167
	C. Notwehrexzess	170
	§ 17 Notwehrhilfe	171
	§ 18 Notstand (Art. 34 Ziff. 1 StGB)	
	A. Begriff und Voraussetzungen des Notstandes	173
	B. Notstandsexzess (Art. 34 Ziff. 1 II StGB)	175
	§ 19 Notstandshilfe (Art. 34 Ziff. 2 StGB)	175
	§ 20 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 32 StGB	177
	A. Gesetzlich erlaubtes Handeln	177
	B. Berufs- und Amtspflicht	179

§ 21 Selbsthilfe (Art. 52 III OR)	180	XV
§ 22 Einwilligung	185	
A. Einwilligung der Eltern	185	
I. Gültigkeitsvoraussetzungen der Einwilligung	186	
1. Urteilsfähigkeit des Trägers des individuellen Rechtsgutes	186	
2. Freie Willensbildung	187	
a) Das unter Drohung oder Gewalt erfolgte Einverständnis	189	
b) Das durch Täuschung erlangte Einverständnis	190	
3. Willenskundgabe vor der Tat	191	
4. Freie Widerruflichkeit des Einverständnisses	191	
5. Das sittenwidrige Einverständnis	191	
6. Kenntnis des Täters von der Einwilligung	193	
B. Einverständnis nur eines Inhabers der Obhut	193	
C. Das Einverständnis Dritter	194	
I. Das Einverständnis der Pflege- oder Stiefeltern	194	
II. Das Einverständnis gewillkürter Stellvertreter des Obhutinhabers	195	
D. Einverständnis des unmündigen Kindes	196	
§ 23 Wahrung berechtigter Interessen	197	
8. Kapitel: Strafprozessvoraussetzungen	201	
§ 24 Antrag	201	
A. Allgemeines	201	
B. Antragslegitimation	202	
I. Eltern	202	
1. Beide Elternteile als Inhaber der intakten elterlichen Gewalt	202	
2. Elternteil ohne Obhut	203	
3. Besuchsberechtigter Elternteil als Mitinhaber der elterlichen Gewalt ohne Obhut	204	

XVI	II.	Behörden	204
	1.	Der Vormund und die Vormundschaftsbehörde als Träger der vormundschaftlichen Gewalt mit Obhut	204
	2.	Die Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin gemäss Art. 310 ZGB ohne Restgewalt	205
	3.	Die urteilende oder vollziehende Behörde des Jugendstrafrechts mit Obhut ohne Restgewalt	205
	III.	Drittpersonen	206
	1.	Das Kind	206
	2.	Pflege- und Stiefeltern	206
	3.	Heim- und Anstaltsleiter	207
	4.	Gewillkürte Stellvertreter des Obhutinhabers	207
	C.	Rechtsmissbräuchlicher Strafantrag	210
	D.	Frist und Wirkung des Strafantrages	211
	E.	Adressat des Strafantrages	213
	F.	Rechtsvergleich	214
	§ 25	Die Verjährung	216
	A.	Verfolgungsverjährung	216
	I.	Frist (Art. 70 StGB)	216
	II.	Fristbeginn (Art. 71 StGB)	216
	III.	Ruhen und Unterbrechung (Art. 72 StGB)	218
	1.	Ruhen	218
	2.	Unterbrechung	218
	IV.	Ende der Verfolgungsverjährung	219
	B.	Vollstreckungsverjährung	220
	I.	Frist (Art. 73 StGB)	220
	II.	Fristbeginn (Art. 74 StGB)	220
	III.	Ruhen und Unterbrechung (Art. 75 StGB)	221
	1.	Ruhen	221
	2.	Unterbrechung	221

§ 26 Schweizerische Gerichtsbarkeit und Gerichtsstand	222	XVII
A. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund Art. 3 in Verbindung mit Art. 7 StGB	222	
I. Entziehen	222	
1. Entziehen des unmündigen Kindes von der Schweiz ins Ausland	223	
2. Entziehen des unmündigen Kindes aus dem Ausland in die Schweiz	223	
II. Vorenthalten	224	
1. Das unmündige Kind wird dem Obhutinhaber in der Schweiz vorenthalten	225	
2. Das unmündige Kind wird dem Obhutinhaber im Ausland vorenthalten	225	
III. Gerichtsstand gemäss Art. 346 StGB	227	
B. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund Art. 5 StGB	228	
C. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund Art. 6 StGB	229	
D. Kantonaler Gerichtsstand gemäss Art. 348 StGB	230	
E. Strafgerichtsbarkeit und Gerichtsstand in Bezug auf den Teilnehmer	231	
F. Streitige Gerichtsbarkeit und streitiger interkantonaler Gerichtsstand	231	
G. Verhältnis der einzelnen die Gerichtsbarkeit bestimmenden Prinzipien	232	
9. Kapitel: Rechtsfolgen	233	
§ 27. Abstrakte Strafandrohung	233	
§ 28 Ausgefällte Strafen	233	
A. Vom Bundesgericht bestätigte Strafurteile bezüglich Art. 220 StGB	234	
B. Anzahl aufgrund von Art. 220 StGB verurteilter Personen gemäss Schweizerischer Kriminalstatistik des Eidgenössischen Statistischen Amtes in Bern	235	
C. Anzahl verurteilter Personen gemäss § 195 öStGB und Art der ausgefallten Strafe für die Jahre 1982 und 1983	237	

XVIII	10. Kapitel: Konkurrenzen	238
	§ 29 Freiheitsdelikte (Art. 183ff. StGB)	238
	A. Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183f. StGB)	238
	I. Freiheitsberaubung (Art. 183 Ziff. 1 I StGB)	238
	II. Entführung (Art. 183 Ziff. 1 II und Ziff. 2 StGB)	239
	B. Geiselnahme (Art. 185 StGB)	240
	§ 30 Frauen- und Kinderhandel (Art. 202 StGB)	241
	§ 31 Delikte gegen die Rechtspflege	242
	A. Begünstigung (Art. 305 StGB)	242
	B. Befreiung von Gefangenen (Art 310 StGB)	243
	2. TEIL: GEDANKEN ZUR REVISION	245
	1. Kapitel: Beibehalten der jetzigen Strafnorm?	245
	§ 32 Analyse der heutigen Regelung	245
	A. Gegenwärtige faktische Situation	245
	B. Rechtliche Situation bei internationalem Sachverhalt	249
	I. Uebereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA)	249
	II. Bilaterale Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommen bezüglich zivilrechtlicher Entscheidungen	251
	III. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen	252
	1. Rechtslage unter dem alten Auslieferungsgesetz	252
	a) Das europäische Auslieferungsabkommen	253
	b) Bilaterale Vollstreckungsabkommen	253
	2. Heutige Rechtslage	255
	IV. Das europäische und das Haager Uebereinkommen im Vergleich	258
	1. Ziele der beiden Abkommen	258
	2. Anwendungsbereich dieser Abkommen	259

3. Zentralbehörde	259	XIX
4. Besuchsrecht	261	
5. Voraussetzungen und Verfahren der Rückgabe des entführten Kindes sowie der Ausübung des verweiger- ten Besuchsrechts	261	
6. Würdigung der beiden Abkommen	262	
V. Erfahrungen mit den beiden Abkommen	263	
VI. Strafbarkeit der Selbsthilfegruppen	264	
C. Rechtliche Situation bei nationalem Sachverhalt	265	
2. Kapitel: Ersatzloses Streichen oder Revision des Art. 220 StGB?	266	
§ 33 Streichen des Art. 220 StGB?	266	
§ 34 Teilrevision des Art. 220 StGB	268	
A. Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches	268	
B. Entwurf des Bundesrates	272	
C. Eigener Vorschlag	274	
I. Geschütztes Rechtsgut	274	
II. Tatsubjekt	276	
III. Tathandlungen	277	
IV. Täterkreis	277	
V. Antragserfordernis	278	
VI. Abstrakte Strafandrohung	278	
3. TEIL: PRAEVENTIVE MASSNAHMEN, UM EINE ENTFUEHRUNG ZU VERHINDERN	279	
§ 35 Massnahmen im Bereiche des Besuchsrechts	279	
A. Schriftendeponie während der Ausübung des Besuchsrechts und weitere diesbezügliche Auflagen	280	
B. Anordnung, das Besuchsrecht nur in der Schweiz auszuüben	281	

XX	C. Bestellung eines Besuchsbeistandes (Art. 308 II ZGB)	281
	I. Voraussetzungen	281
	II. Kompetenzen des Beistandes	281
	1. Grundsätzliche Kompetenzen	281
	2. Zusätzlich Übertragene Aufgaben	282
	III. Zuständigkeit zur Anordnung einer Beistandschaft	283
	IV. Ernennung des Beistandes	284
	V. Würdigung	284
	D. Verweigerung des Besuchsrechts	284
	E. Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen (Art. 292 StGB)	286
	I. Sinn und Zweck dieser Strafnorm	286
	II. Voraussetzungen	286
	1. Zuständigkeit zum Erlass der Verfügung	287
	2. Art der Verfügung	287
	3. Adressat der Verfügung	287
	4. Form der Verfügung	288
	5. Rechtmässigkeit der Verfügung	288
	6. Rechtskraft	289
	7. Strafdrohung	289
	8. Ungehorsam	290
	III. Subsidiarität	290
	IV. Anwendungsbereich	291
	F. Vollstreckung des Besuchsrechts	292
	§ 36 Friedensbürgschaft (Art. 57. StGB)	297
	A. Voraussetzungen der Friedensbürgschaft nach Art. 57 Ziff. 1 StGB: 1. Tatbestand	297
	I. Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen	297
	II. Gefahr der Ausführung	297
	B. Voraussetzungen der Friedensbürgschaft nach Art. 57 Ziff. 1 StGB: 2. Tatbestand	298
	I. Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens	298
	II. Wiederholungsabsicht	298

C. Antragserfordernis (Art. 57 Ziff. 1 StGB)	299	XXI
D. Inhalt der Friedensbürgschaft	299	
E. Wirkungen der Friedensbürgschaft	299	
I. Haft als Exekutivzwang (Art. 57 Ziff. 2 StGB)	299	
II. Verwendung der geleisteten Sicherheit (Art. 57 Ziff. 3 StGB)	300	
F. Zuständigkeit zur Anordnung einer Friedensbürgschaft	300	
G. Würdigung	301	
 4. TEIL: HINWEISE BEI ERFOLGTER ENTFUEHRUNG	 302	
A. Strafantrag hinsichtlich Art. 220 StGB stellen	302	
B. Richterlicher Entscheid hinsichtlich der elterlichen Gewalt oder Obhut liegt vor	303	
C. Entscheid betreffend die elterliche Gewalt oder Obhut wurde von den vormundschaftlichen Behörden getroffen	304	
D. Es liegt kein gerichtlicher oder behördlicher Entscheid betreffend Kinderzuteilung vor	305	
E. Das Kind wurde bereits ins Ausland entführt	306	
F. Anwendung des Europäischen und Haager Uebereinkommens	307	
G. Genugtuungsforderung (Art. 28 ZGB und Art. 49 OR)	308	
 Anhang I: § 235 dtStGB § 195 öStGB	 309	
Anhang II: Europäisches Uebereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01)	311	
Anhang III: Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02)	327	
Anhang IV: Antrag auf Rückgabe (Musterformular)	341	

- Arzt Gunther** Strafrecht Besonderer Teil, Lehrheft 1: Delikte gegen die Person, 2. A., Bielefeld 1981
- Bättig Hans** Die Pflegekinderaufsicht im Bund und in den Kantonen, Diss. Freiburg 1984
- Blei Hermann** Strafrecht, II. Besonderer Teil, 12. A., München 1983
- Blum Richard** Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind gemäss Art. 273-275 ZGB (Besuchsrecht), Diss. Zürich 1983
- Bockelmann Paul** Strafrecht Besonderer Teil/2 (Delikte gegen die Person), München 1977
- Brauchli Andreas** Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss. Zürich 1982
- Bühler Walter/Spühler Karl** Berner Kommentar, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht, 1. Teilband, 2. Hälfte: Die Ehescheidung (Art. 137-158 ZGB), 3. A., Bern 1980 (zitiert: Bühler/Spühler, N. x zu Art. y)
- Cathomen Joseph** Familienschutz im schweizerischen Strafrechtsgesetzbuch, Diss. Bern/Thusing 1944
- Clerc François** Cours élémentaire sur le Code pénal suisse, Partie spéciale, Tome I (Art. 111-186), Lausanne 1943; Tome II (Art. 187-332), Lausanne 1945 (zitiert: Clerc, I/II. S. x)
- Di Bisceglia Carlo Alberto** Die Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307, 308 und 310 ZGB und ihre einschränkende Wirkung auf die elterliche Gewalt, Diss. Basel 1979
- Dreher Eduard/Tröndle Herbert** Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, 42. A., München 1985 (zitiert: Dreher/Tröndle, N. x zu § y)
- Eberle Anton** Die Bedeutung der Selbsthilfe im Strafrecht, Diss. Bern 1951
- Ebermayer Ludwig/Lobe Adolf/Rosenberg Werner** Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar, Zweiter Band (§§ 80-262), 10. A., Berlin 1978-1983 (9. A., Berlin 1970-1974) (zitiert: Bearbeiter, LK 9./10. A., N. x zu § y)
- Egger August** Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft (Art. 252-359 ZGB), 2. A., Zürich 1943 (zitiert: Egger, N. x zu aArt. y)
- Egli Hans-Peter** Freiheitsberaubung, Entführung und Geiselnahme nach der StGB-Revision vom 9. Oktober 1981, Diss. Zürich 1986
- Eigenmann Walter** Die Androhung von Ungehorsamsstrafen durch den Richter (Art. 292 StGB), Diss. Zürich 1964

- XXIV **Foregger Egmont/Nowakowski Friedrich** Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 18. Lieferung (§§ 192-200 StGB) bearbeitet von Franz Pallin, Wien 1983 (zitiert: Pallin, N. x zu § y)
- Foregger Egmont/Serini Eugen** Strafgesetzbuch Kurzkomentar, 3. A., Wien 1984 (zitiert: Foregger/Serini, N. x zu § y)
- Frank Richard** Grenzbereiche der elterlichen Gewalt, in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, S. 33ff.
- Frank Richard** Inkonssequenzen um die Ehetrennung, in: SJZ 66 (1970) S. 248ff. (zitiert: Frank, Ehetrennung)
- Frischkopf Edit** Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt durch Vater und Mutter nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg 1970
- Fröhlicher Werner** Die strafrechtliche Entziehung der elterlichen Gewalt, Diss. Zürich 1934
- Georgii Roland** Stellung und Funktion des Eheschutzrichters nach dem neuen Recht von 1984 und dem alten Recht von 1907, Zürcher Studien zum Privatrecht 49, Zürich 1986
- Gianola Helene** Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Richter und vormundschaftlichen Behörden bei Massnahmen zum Schutze der Person des Kindes, Diss. Basel 1980
- Girard Jean-Christophe** La réglementation du placement des mineurs dans le nouveau droit suisse de la filiation, thèse Neuchâtel 1983
- Graf Rolf** Der Eheschutz nach Art. 169-172 ZGB unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Kantone Basel-Stadt und Zürich, Diss. Basel 1978
- Graven Philippe** Le cautionnement préventif, Die Friedensbürgschaft, Schweizerische Criminalistische Studien, Bd. 11, Basel 1963
- Grünbaum Jakob** Die Friedensbürgschaft im schweizerischen Strafgesetz, Bern 1941
- Haas Robert** Notwehr und Nothilfe, Europäische Hochschulschriften, Reihe II, Bd. 189, Frankfurt am Main/Bern/Las Vegas 1978
- Hafer Ernst** Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil: zweite Hälfte, Berlin 1943
- Hauser Robert/Rehberg Jörg** Strafrecht I, Verbrechenslehre, 3.A., Zürich 1983
- Hauswirth Andreas** Die Selbstbegünstigung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Bern 1984

- Hegnauer Cyril** Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 2. A., Bern 1983 (zitiert: Hegnauer, Grundriss)
- Hegnauer Cyril** Berner Kommentar, Das Familienrecht, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft: 1. Teilband: Das eheliche Kindesverhältnis (Art. 252-301 ZGB), 3. A., Bern 1964 (zitiert: Hegnauer, N. x zu aArt. y)
- Henkel Helmut** Die elterliche Gewalt, in: Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Das neue Kindesrecht, Bern 1978, S. 89ff. (zitiert: Henkel, Elterliche Gewalt)
- Henkel Helmut** Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev.ZGB, Diss. Zürich 1977
- Hilfiker Peter** Das Recht des privaten Ueberwachungspersonals, Diss. Zürich 1984
- Hinderling Hans** Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zusatzband zur 3. Auflage, Zürich 1981
- Huber Walter** Die allgemeinen Regeln über den Strafantrag im schweizerischen Recht (StGB 28-31), in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, N.F. Heft 274, Zürich 1967
- Jorio Tino** Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. Freiburg 1977
- Kehl-Böhlen Dietrich** Die Obhut als Institut des Familienrechts, Diss. Zürich 1974
- Kühnle Martin** Der elterliche Anspruch auf Herausgabe eines unmündigen Kindes im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. Basel 1962
- Lackner Karl** Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 15. A., München 1983 (zitiert: Lackner, N. x zu § y)
- Landmann Valentin** Notwehr, Notstand und Selbsthilfe im Privatrecht, Diss. Zürich 1975
- Logoz Paul** Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie spéciale, Bd. II, Neuchâtel 1956 (zitiert: Logoz, N. x zu Art. y)
- Marthaler Maurice** Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite, thèse Neuchâtel 1963
- Maurach Reinhart** Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. A., Karlsruhe 1969
- Maurach Reinhart/Schröder Horst** Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2 (Straftaten gegen die Gemeinschaftswerte), 6. A., Heidelberg/Karlsruhe 1981
- Mayerhofer Christoph/Rieder Sepp** Das österreichische Strafrecht, Erster Teil: Strafgesetzbuch, 2. A., Wien 1981 (zitiert: Mayerhofer/Rieder, N. x zu § y)

- XXVI **Müller Georg** Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht, in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, S. 231ff.
- Näf-Hofmann Marlies** Kinderschutz und Pflegeeltern, in: Das neue Kindesrecht, St. Gallen 1977
- Niederer Hans-Jürg** Strafrechtlich zulässiger Selbstschutz privater Betriebe, Diss. Zürich 1977
- Noll Peter** Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, Zürich 1981 (zitiert: Noll, AT I. S. x)
- Noll Peter** Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen, Zürich 1983 (zitiert: Noll, BT I, S. x)
- Noll Peter** Uebergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, Schweizerische Criminalistische Studien, Bd. 10, Basel 1955
- Peter Bernhard** Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Zürich 1984
- Petrzilka Werner** Zürcher Erläuterungen zum Schweizerischen Strafgesetzbuch, Zürich 1942
- Reday Anne-Marie** Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit suisse, thèse Lausanne 1981
- Regel Wolfgang** "Entziehen" und "Entführen" Minderjähriger, Diss. Münster 1975
- Rehberg Jörg** Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 4. A., Zürich 1987
- Riemer Hans Michael** Grundriss des Vormundschaftsrechts, Bern 1981 (zitiert: Riemer, N. x zu § y)
- Rudolphi Hans-Joachim/Horn Eckhard/Samson Erich** Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II: Besonderer Teil (§§ 80-358), 3. A., Frankfurt am Main 1985 (zitiert: Bearbeiter, SK, N. x zu § y)
- Saladin Peter** Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts, in: Festschrift Hinderling, Familienrecht im Wandel, Basel/Stuttgart 1976, S. 175ff.
- Schmidhäuser Eberhard** Strafrecht Besonderer Teil (Grundriss), 2. A., Tübingen 1983
- Schnyder Bernhard/Murer Erwin** Das Familienrecht, Band II, 3. Abteilung: Das Vormundschaftsrecht, 1. Teilband: Systematischer Teil und Kommentar zu den Art. 360-397 ZGB, 3. A., Bern 1984 (zitiert Schnyder/Murer, N. x zu Art. y)

- Schönke Adolf/Schroeder Horst** Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, 22. A., München 1985 (zitiert: Bearbeiter, SS, N. x zu § y) XXVII
- Schubarth Martin** Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafrechtsgesetzbuch Besonderer Teil, 3. Band (Art. 173-186), Bern 1984 (zitiert: Schubarth, N. x zu Art. y)
- Schultz Hans** Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, Erster Band/Zweiter Band, 4. A., Bern 1982 (zitiert: Schultz, AT I/AT II, S. x)
- Schwander Vital** Das Schweizerische Strafrechtsgesetzbuch unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. A., Zürich 1964
- Schwarz Eberhard** Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte (§§ 235-238 StGB), Diss. Tübingen 1972
- Silbernagel Alfred/Wäbler Paul** Berner Kommentar, Das Familienrecht, II. Abteilung: Die Verwandtschaft (Art. 252-359 ZGB), 2. A., Bern 1927 (zitiert: Silbernagel, N. x zu aArt. y)
- Stratenwerth Günter** Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Bern 1982 (zitiert: Stratenwerth, AT I, S. x)
- Stratenwerth Günther** Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 3. A., Bern 1983 (zitiert: Stratenwerth, BT I, S. x)
- Stratenwerth Günter** Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 3. A., Bern 1984 (zitiert: Stratenwerth, BT II, S. x)
- Sträuli Hans/Messmer Georg** Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. A., Zürich 1982 (zitiert: Sträuli/Messmer, N. x zu § y)
- Thormann Philipp/von Overbeck Alfred** Das Schweizerische Strafrechtsgesetzbuch, Bd. II: Besondere Bestimmungen (Art. 111-332), Einführung und Anwendung des Gesetzes (Art. 333-401), Zürich 1941 (zitiert: Thormann/Overbeck, N. x zu Art. y)
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard** Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. A., Zürich 1986 (zitiert: Tuor/Schnyder, S. x)
- Voegelin Max** Das Getrenntleben der Ehegatten unter besonderer Berücksichtigung der Basler Praxis, Diss. Basel 1979
- Völkle Maya** Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978
- Vogel-Etienne Christine** Das Pflegeverhältnis vor der Adoption, Diss. Zürich 1981

XXVIII **Wagner Heinz** Individualistische oder überindividualistische
Notwehrbegründung, Berlin 1984

Waiblinger Max Rechtfertigungsgründe I - IV, SJK 1204 - 1207,
Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung 1. März 1958

Wurstemberger von Edmund L. Kinderraub, Diss. Bern 1915

Zürcher Emil Schweizerisches Strafgesetzbuch: Erläuterungen
zum Vorentwurf vom April 1908, Bern 1914

A.	Auflage
a	alte Fassung
a.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1911
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide (zitiert nach Jahr und Seite)
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
AT	allgemeiner Teil
AV	Auslieferungsvertrag
BBl	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich vom 18.8.1896
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Bundesrepublik Deutschland oder Oesterreich)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen der BRD (zitiert nach Band und Seiten); auch Bundesgerichtshof
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (zitiert nach Jahr und Seite)
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bsp.	Beispiel
bsp.	beispielsweise
BStP	Bundesgesetz über die Bundesstrafrechtspflege vom 15.6.1934 (SR 312.0)
BT	besonderer Teil
Bull.	Bulletin
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29.5.1874 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
Diss.	Dissertation
dtStGB	Strafgesetzbuch (StGB) vom 15.5.1871 (BRD)
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz (zitiert nach Jahr und Seite)
EheG	Ehegesetz vom 20.2.1946 (BRD)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)
EvBl	Evidenzblatt der Oesterreichischen Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Nummer)
f.; ff.	und folgende
FN.	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung

XXX	GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 13.6.1976 (Zürcher Gesetzessammlung 211.1)
	h.L.	herrschende Lehre
	id.	idem
	i.d.R.	in der Regel
	i.e.S.	im engeren Sinne
	i.w.S.	im weiteren Sinne
	IRSG	Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (SR 351.1)
	JB1	Juristische Blätter (Oesterreich) (zitiert nach Jahr und Seite)
	JR	Juristische Rundschau (BRD) (zitiert nach Jahr und Seite)
	JT	Journal de Tribunaux (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
	JW	Juristische Wochenschrift (BRD) (zitiert nach Jahr und Seite)
	Kt.	Kanton
	kt.	kanton(e)
	lit.	litera
	LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (BRD) (im Literaturverzeichnis aufgeführt unter Ebermayer)
	MDR	Monatsschrift für deutsches Recht (BRD) (zitiert nach Jahr und Seite)
	m.E.	meines Erachtens
	MSA	Uebereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (SR 0.211.231.01)
	Mt	Monat
	Mte	Monate
	N.	Note
	N.F.	Neue Folge
	NJW	Neue Juristische Wochenschrift (BRD) (zitiert nach Jahr und Seite)
	NR	Nationalrat
	Nr.	Nummer
	OJZ	Oesterreichische Juristenzeitung (zitiert nach Jahr und Seite)
	öStGB	Bundesgesetz vom 23.1.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen - österreichisches Strafgesetzbuch (BGBl. Nr. 60)
	OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 (SR 173.110)
	OGH	Oberster Gerichtshof für die britische Zone in Köln
	OLG	Oberlandesgericht
	op.cit.	opus citatum
	OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30.3.1911 (SR 220)

PKG	Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (zitiert nach Jahr und Seite)	XXXI
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts (zitiert nach Band, Jahr und Seite)	
resp.	respektiv(e)	
rev.	revidiert	
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (zitiert nach Band und Seite)	
RS	Rechtsprechung in Strafsachen (zitiert nach Jahr und Nummer)	
S.	Seite	
sc.	scilicet	
Sem.	La semaine judiciaire (zitiert nach Band, Jahr und Seite)	
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (zitiert nach Nummern)	
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (zitiert nach Band, Jahr und Seite)	
SK	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (BRD) (im Literaturverzeichnis aufgeführt unter Rudolphi)	
sog.	sogenannt	
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts	
SS	Schönke/Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch (BRD)	
Sten.Bull. NR/StR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung (ab 1963: Amtliches Bulletin der Bundesversammlung)	
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)	
StPO	Gesetz betreffend den Strafprozess (Strafprozessordnung) vom 4.5.1919 (Zürcher Gesetzessammlung 321.)	
StR	Ständerat	
StVG	Gesetz über das kantonale Strafrecht und den Vollzug von Strafen und Massnahmen vom 30.6.1974 (Zürcher Gesetzessammlung 331.)	
Trib.	Tribunal, Tribunaux	
u.a.	unter anderem (anderen)	
VE	Vorentwurf	
vgl.	vergleiche	
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (zitiert nach Band, Jahr, Nummer und Seite)	
VRG	Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz) vom 24.5.1959 (Zürcher Gesetzessammlung 175.2)	
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (zitiert nach Band, Jahr und Seite)	
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907 (SR 210)	
Ziff.	Ziffer(n)	

XXXII ZöF	Zeitschrift für öffentliche Fürsorge (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZPO	Gesetz über den Zivilprozess (Zivilprozessordnung) (Zürcher Gesetzessammlung 271.)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (zitiert nach Band, Jahr, Nummer und Seite)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (zitiert nach Band, Jahr und Seite)
ZVW	Zeitschrift für Vormundschafswesen (zitiert nach Band, Jahr und Seite)

1. Kapitel: Die objektiven Tatbestandselemente

§ 1 Geschuetztes Rechtsgut

A. Elterliche Gewalt

I. Rechtsnatur

Die elterliche Gewalt als zivilrechtliches Rechtsinstitut (0), geregelt im 3. Abschnitt des 8. Titels (Die Wirkungen des Kindesverhältnisses) der 2. Abteilung (Verwandtschaft) des Familienrechtes in den Art. 296ff. ZGB (1), stellt ein Bündel von Rechten und Pflichten der Eltern dar.

Eine Legaldefinition der elterlichen Gewalt fehlt, einzig ihr Inhalt ist in den Art. 301ff. global umschrieben, so dass der Rechtsprechung und Lehre die Aufgabe zufällt, die Rechtsnatur und den Umfang der elterlichen Gewalt zu konkretisieren. Wie schon Saladin (2) feststellte, ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeinschaft der Eltern und Kinder und zur elterlichen Gewalt - rein quantitativ gesehen - auffallend dürftig.

Hegnauer (3) definiert die elterliche Gewalt als gesetzliche Befugnis der Eltern, die für das unmündige Kind nötigen Entscheidungen zu treffen, Sie bildet die rechtliche Grundlage für die Erziehung und die Vertretung des Kindes sowie für die Verwaltung seines Vermögens durch die Eltern (4).

Charakteristika bilden nebst der Fremdbestimmung, die Fremdnützigkeit, der Ausfluss aus dem Persönlichkeitsrecht, die Unverzichtbarkeit, die Ausschliesslichkeit und die Selbständigkeit.

0 Saladin (S. 199) qualifiziert das Erziehungsrecht als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht; kritisch Müller (S. 240f.), der einer besonderen verfassungsrechtlichen Verankerung der Rechte und Pflichten der Eltern und des Kindes kaum grosse Bedeutung zumisst, da die meisten Schutzbedürfnisse im Verhältnis Eltern-Kind-Staat durch andere Grundrechte abgedeckt sind (mit Hinweis auf Art. 8 EMRK, persönliche Freiheit u.a.).

1 in der revidierten Fassung vom 25.6.1975, in Kraft getreten am 1.1.1978

2 S. 180

3 Hegnauer, Grundriss, S. 133

4 analoge Definition in der Botschaft zur Revision des Kindesrechtes (BB1 1974 II 70) und bei Henkel, Elterliche Gewalt, S. 90; ähnliche Definition bei Frischkopf, S. 6

1. Fremdnützigkeit (Zweckgebundenheit)

Schon unter dem alten Recht sah die herrschende Lehre die Fremdnützigkeit als Wesenszug der elterlichen Gewalt und statuierte das Kindeswohl als deren Maxime und Schranke (5).

Heute gebietet Art. 301 II ZGB den Eltern *expressis verbis*, die elterliche Gewalt im Hinblick auf das Wohl des Kindes auszuüben. Die ihnen eingeräumten Rechte dienen einzig der Erfüllung ihrer Pflichten, die Interessen des unmündigen Kindes zu wahren und es zu einer selbständigen verantwortungsbewussten Persönlichkeit zu erziehen. Jorio (6) bestimmt als das aktiv zu verfolgende Ziel die grösstmögliche Lebenstüchtigkeit des Kindes nach erreichter Mündigkeit, wobei er die Lebenstüchtigkeit definiert als den ständigen und immerwährenden Willen eines Menschen, auf alle Lebenssituationen eine körperlich, intellektuell, affektiv, sittlich und eventuell religiös angemessene, den Fähigkeiten entsprechende Antwort für sich und die ihm Anvertrauten zu geben.

Diese Funktion wandelt und vermindert den Inhalt des finalen Pflichtrechtes stetig mit dem Heranwachsen des Kindes.

2. Persönlichkeitsrecht und Unverzichtbarkeit

Das Recht der Eltern, die Entwicklung ihres Kindes nach der Geburt bis zu seiner Selbständigkeit zu bestimmen und zu leiten, ist Ausfluss ihres Persönlichkeitsrechts (7).

Die Fremdnützigkeit und Zweckgebundenheit, die zur Dominanz der Pflichten, die unlösbar mit den Rechten verbunden sind, beitragen, verhindern die absolute Gleichsetzung mit den klassischen Persönlichkeitsrechten, die untrennbar mit der Person verknüpft sind. Die Persönlichkeitsrechte des Kindes, das Kindeswohl als Zweck der elterlichen Gewalt und das öffentliche Recht limitieren die Rechtsstellung der Eltern und lassen deren Persönlichkeitsrecht als Amt (8) erscheinen, das in Verantwortung und unter staatlicher Kontrolle ausgeübt werden muss. Daher ist dieses

5 Silbernagel, N. 2 zu aArt. 273; Egger, N. 6 zu aArt. 273 und N. 13-15 zu aArt. 279; Hegnauer, N. 6ff. zu aArt. 273

6 S. 64

7 Hegnauer, N. 5 zu aArt. 273; ebenso: Egger, N. 7 zu aArt. 273; BBl 1974 II 70; Frank, S. 40, 44f.; BGE 67 II 12; SJZ 73 (1977) Nr. 40, S. 110

8 Hegnauer, N. 10 zu aArt. 273; Saladin, S. 198

Pflichtrecht kein subjektives Recht, auf das der Inhaber auch voll oder teilweise verzichten, welches er Drittpersonen übertragen oder es auch selber ausüben könnte, wie und wann er will (9). Einzig die Ausübung der elterlichen Gewalt darf unter Vorbehalt des jederzeitigen Widerrufs und im Rahmen des Kindeswohles delegiert werden (10).

Jorio (11) wendet sich kritisch gegen die Zuordnung der elterlichen Gewalt zu den Persönlichkeitsrechten, da die Rechte der Eltern ihren Pflichten stark untergeordnet sind. Er zieht es vor, von einem "Persönlichkeitsrecht auf Ausübung eines Pflichtverhältnisses, von einem Recht auf eine Pflicht", zu sprechen, wobei die Pflicht in der Persönlichkeit wurzelt (12). Meines Erachtens liegt hier eine rein terminologische Kontroverse vor - Persönlichkeitsrecht oder Persönlichkeitspflicht -, denn auch die herrschende Zuordnung betont die Besonderheiten, die der elterlichen Gewalt durch ihre Fremdnützigkeit, Zweckgebundenheit und generelle Ausrichtung auf das Kindeswohl anhaften, und erfüllt die Forderungen Jorios (13) mit den ihr durch die Rechte des Kindes gesetzten materiellen Schranken und den staatlichen Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten.

3. Selbständigkeit

Die Eltern üben die elterliche Gewalt in Eigenverantwortung ohne Mitwirkung der Behörden aus. Unter Berücksichtigung des Kindeswohles bestimmen die Eltern das Erziehungsziel und die Erziehungsmethode frei. Das Recht setzt die Elternliebe als Garant des Kindeswohles voraus und gibt ihr durch Anerkennung der elterlichen Gewalt freie Bahn (14). "Den Eltern ist als notwendiges Korrelat zu ihrer Verantwortung vom Staate Freiheit der Erziehung zuerkannt, im Verhältnis zu staatlichen wie zu nicht-staatlichen Mächten, ausdrücklich in Art. 49 Abs. 3 BV für den religiösen Bereich, im übrigen stillschweigend, als unabdingbares Element des die schweizerische Rechtsordnung prägenden Familienverständnisses ..." (15).

- 9 Hegnauer, N. 10-13 zu aArt. 273; Egger, N. 5 zu aArt. 273; Völkle, S. 78f.; ZR 19 (1920) Nr. 54, S. 97
- 10 Völkle, S. 78ff.; Bättig, S. 24f.; Hegnauer, N. 14-15 zu aArt. 273; Egger, N. 5f. zu aArt. 273; ZR 19 (1920) Nr. 54, S. 97
- 11 S. 68
- 12 S. 69
- 13 S. 69ff.
- 14 Hegnauer, N. 16 zu aArt. 273
- 15 Saladin, S. 198f.

Saladin (16) qualifiziert diese nicht originäre, sondern abgeleitete, treuhänderische Erziehungsfreiheit als ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht, das den Eltern einen Abwehranspruch gegenüber dem Staat oder Dritten, die ihnen aus unzureichenden Gründen diese Verantwortung entziehen wollen, einräumt.

Nur wenn das Kindeswohl gefährdet ist, und die Eltern nicht in Eigeninitiative Abhilfe schaffen, müssen zivilrechtliche Kindeschutzmassnahmen behördlich angeordnet werden (17). Komplementär wahren zahlreiche Normen des öffentlichen Rechts das Kindeswohl und binden Eltern und Behörden gleichermaßen (18).

4. Ausschliesslichkeit und Unteilbarkeit

Die elterliche Gewalt ist im Verhältnis zu Dritten ausschliesslich, ihr dürfen nur die vormundschaftlichen Behörden aufgrund der Art. 307ff. ZGB entgegentreten (19). Das Bestimmungsrecht der Eltern ist absolut und wird bei widerrechtlichem Entzug mit der Klage auf Herausgabe des Kindes durchgesetzt (20).

Die Doktrin vertritt die Auffassung der Unteilbarkeit der elterlichen Gewalt, die nur als Ganzes bestehen oder entzogen werden kann (21). Gestützt wird diese These u.a. durch folgende Argumente: Das Sorgerecht und die Vermögensverwaltung sind untrennbar miteinander verknüpft (22); miteinander verheirateten Eltern steht die elterliche Gewalt trotz gemeinsamer Ausübung als eigenes selbständiges Recht zu (23); die Eltern dürfen weder auf die elterliche Gewalt verzichten noch einzelne Teilbefugnisse delegieren (24); nach der Scheidung muss die elterliche Gewalt einem Elternteil alleine zugesprochen werden (25).

16 S. 199f.; vgl. FN. 0

17 Art. 307ff. ZGB; Näheres bei Henkel Helmut, Die Anordnung von Kindeschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev.ZGB, Diss. Zürich 1977, und Di Bisceglia Carlo Alberto, Die Kindeschutzmassnahmen nach Art. 307, 308 und 310 ZGB und ihre einschränkende Wirkung auf die elterliche Gewalt, Diss. Basel 1979

18 Bsp.: Art. 53, 134ff. StGB; im Arbeitsrecht, im Schul-, Gesundheits- und Filmwesen etc.

19 Hegnauer, N. 28f. zu aArt. 273

20 Art. 301 III ZGB; Hegnauer, N. 79 und 81ff. zu aArt. 273; Egger, N. 12 zu aArt. 273; Silbernagel, N. 11 zu aArt. 273; Kühnle, S. 33ff. und 88ff.

21 Hegnauer, N. 26 zu aArt. 273; Jorio, S. 66; Völkle, S. 79; Di Bisceglia, S. 113f.; Kehl-Böhlen, S. 69ff.

22 aArt. 298 I ZGB; Hegnauer, N. 26 zu aArt. 273

23 Hegnauer, N. 7 zu aArt. 274 mit Verweis auf BGE 67 II 11

24 Hegnauer, N. 11f. zu aArt. 273

25 Art. 297 III ZGB; aArt. 274 III ZGB

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Das neue Kindesrecht sieht in Art. 325 I ZGB die Möglichkeit des Entzuges der Vermögensverwaltung ohne Verlust der elterlichen Gewalt vor (26). Das Gesetz selbst bejaht somit die Zulässigkeit der Abspaltung gewisser Teilbereiche aus der elterlichen Gewalt. Ebenso erfolgt eine Unterteilung der Gewaltrechte durch die Zuteilung der Obhut (27) an einen Ehepartner bei faktischer oder gerichtlicher Aufhebung des gemeinsamen Haushalts (Art. 145 und 169f. ZGB) oder bei Trennung (Art. 146 ZGB), denn der Richter ist nach Art. 297 II ZGB nicht verpflichtet, die elterliche Gewalt einem Ehegatten zuzusprechen. Zahlreiche Kindesschutzmassnahmen beschränken die elterliche Gewalt, indem Teilkomplexe entzogen und Dritten übertragen werden (28).

Das Verbot an die Inhaber, Teilbefugnisse zu übertragen, leitet sich nicht von der Unteilbarkeit ab, sondern ist mit der Unverzichtbarkeit, die der Amtscharakter und die Pflichtkomponente der elterlichen Gewalt fordern, erklärbar.

Um Eingriffe in die elterliche Gewalt zu ermöglichen und zu rechtfertigen, bedarf das Dogma der Unteilbarkeit der Unterscheidung zwischen Bestand und Ausübung einzelner Rechte und Pflichten. Eine Teilfunktion wird nicht als solche entzogen, sondern nur deren Ausübung untersagt (29). Folglich werden die Eltern in diesem Bereich Inhaber eines *ius nudum*. Diese Konstruktion, die praktisch kaum Bedeutung erlangt (30), ist daher aufzugeben (31).

26 "Die Unfähigkeit zur richtigen Verwaltung des Kindesvermögens bedeutet nicht zwingend auch Unfähigkeit zur richtigen Ausübung der elterlichen Gewalt im Bereich der Erziehung" (BB1 1974 II 91f.); vgl. auch Tuor/Schnyder, S. 335.

27 vgl. § 6 A und C

28 Beispiele bei Di Bisceglia: Beschränkung des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch Bestellung eines Beistandes in Kombination von Art. 308 II mit III ZGB (S. 115f.); Verlust des Aufenthaltsbestimmungsrechts durch Aufhebung der elterlichen Obhut nach Art. 310 I oder III ZGB (S. 116); weitere Bsp. S. 118ff; 125f; 127ff.; Näf-Hoffmann, S. 86. 89

29 Völkle, S. 79; Kehl-Böhlen, S. 70; Näf-Hoffmann, S. 89

30 Kehl-Böhlen, S. 70f.

31 ebenfalls kritisch: Jorio, S. 66; Di Bisceglia, S. 113f.; Näf-Hoffmann, S. 89; unklar Völkle, S. 75ff.

1. Voraussetzungen

a) Die Fähigkeit, elterliche Gewalt zu haben, setzt ein gesetzliches Kindesverhältnis (Art. 252 ZGB) voraus. Demgemäss kann elterliche Gewalt nur den Eltern zukommen. Andere Personen - auch Verwandte - können lediglich Vormünder sein (Art. 380 ZGB) oder als Pflegeeltern oder Stiefelternteil die elterliche Gewalt vertretungsweise ausüben (Art. 299f. ZGB) (32).

b) Mündigkeit (Art. 14f. ZGB)

Die elterliche Gewalt steht nur mündigen Eltern zu (33). Art. 296 II ZGB schliesst Unmündige und Entmündigte ausdrücklich von der elterlichen Gewalt aus. Bei Entmündigung des Inhabers der elterlichen Gewalt entfällt sie im Gegensatz zum alten Recht (aArt. 285 I ZGB) ipso iure ohne gesonderte Entziehung durch behördlichen Akt (34).

Zusätzlich wird vorausgesetzt, dass die Gewalt nicht schon generell entzogen (Art. 311 III ZGB) oder vom Strafrichter die Unfähigkeit zu ihrer Ausübung ausgesprochen worden ist (Art. 53 StGB) (35).

2. Dauer

Grundsätzlich entsteht die elterliche Gewalt von Gesetzes wegen mit der Begründung des Kindesverhältnisses nach Art. 252 ZGB und endet mit der Mündigkeit des Kindes (Art. 14f. ZGB).

Dem ausserehelichen Vater steht sie gemäss Art. 298 II ZGB nur zu kraft Uebertragung durch die Vormundschaftsbehörde (36). Vor Mündigkeit des Kindes geht die elterliche Gewalt unter, falls das Kindesverhältnis zum betreffenden Elternteil erlischt, sie nach Art. 311f. ZGB oder Art. 53 StGB entzogen oder durch den nach Eherecht zuständigen Richter aberkannt wird (Art. 297 II und III ZGB) (36).

32 Hegnauer, Grundriss, S. 134; Henkel. Elterliche Gewalt, S. 90; Tuor/Schnyder, S. 318f.

33 Hegnauer, Grundriss, S. 134; Bundesrätliche Botschaft (BBl 1974 II 71), Henkel. Elterliche Gewalt, S. 90 und Hegnauer, N. 36 zu aArt. 273, fordern, m.E. zu Recht, Handlungsfähigkeit (Art. 13-16 ZGB).

34 Hegnauer, Grundriss, S. 134; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 90; BBl 1974 II 71

35 Hegnauer, N. 36f. zu aArt. 273

36 Hegnauer, Grundriss, S. 139; BBl 1974 II 74f.; Tuor/Schnyder, S. 319f.

Art. 385 III ZGB ermöglicht es, durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde entmündigte Kinder statt unter Vormundschaft unter elterlicher Gewalt zu belassen (37).

3. Verhältnis der Eltern

a) Miteinander verheiratete Eltern

aa) Bei gemeinsamem Haushalt

Beide Elternteile sind Träger der elterlichen Gewalt, die sie gemeinsam ausüben (Art. 297 I ZGB) (38). Mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung des andern ist jeder Ehegatte zur selbständigen Ausübung berechtigt, es sei denn, das Gesetz verlange die Zustimmung beider Eltern (Art. 15 I, 96 II, 260 II ZGB) (39). Bei Uneinigkeit in der Ausübung dominierte unter dem alten Recht (aArt. 274 II ZGB) der Wille des Vaters (40). Das neue Recht beseitigte in Anbetracht der Rechtsgleichheit von Mann und Frau (Art. 4 II BV) diesen Stichtscheid (41). Sind die Eltern zu einträchtigem Zusammenwirken unfähig (Art. 159 II ZGB), so ist mit den Mitteln des Eherechts (Eheschutz, Trennung oder Scheidung) oder des Kindesschutzes (Art. 307ff. ZGB) Abhilfe zu schaffen (42).

- 37 Hegnauer, Grundriss, S. 139; vgl. auch BBl 1974 II 70f.; vgl. die konträre Ausgangslage in aArt. 273 II ZGB; gegen den Entscheid betreffend die Wiederherstellung der elterlichen Gewalt im Sinne von Art. 385 III ZGB ist die Berufung gestützt auf Art. 44 lit. d OG ausgeschlossen (BGE 111 II 127ff., wiedergegeben in ZöF 83 (1986), S. 31f.).
- 38 Jorio, S. 109; bei Geburt vor der Heirat vgl. Art. 259 ZGB und Jorio, S. 113f.
- 39 Hegnauer, Grundriss, S. 136; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 90f.; Frischkopf, S. 15
- 40 Näheres bei Frischkopf, S. 19ff.; BBl 1974 II 71f.; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 91; Jorio, S. 110f.
- 41 BBl 1974 II 72; Hegnauer, Grundriss, S. 137; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 91
- 42 BBl 1974 II 72; Hegnauer, Grundriss, S. 136; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 91; vgl. die Kontroverse zur Kompetenzabgrenzung zwischen Eheschutzrichter und Vormundschaftsbehörde bei: Frank, S. 35f.; Gianola, S. 11f., 31ff., 134ff.; Blum, S. 162; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 110ff.; id., S. 110 FN 3, 133; Girard, chapitre 5.1 (Paginierung fehlt); Bühler/Spühler, N. 32 zu Art. 156

bb) Nach Aufhebung des Haushaltes, Trennung oder Auflösung der Ehe

Wird der gemeinsame Haushalt aufgehoben oder die Ehe getrennt, so kann der Richter die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuteilen (Art. 297 II ZGB) (43). Der Richter ist aber weiterhin ermächtigt, einem Elternteil nur die Obhut (44) zuzuweisen.

Wird die Ehe geschieden oder ungültig erklärt, so ist der Richter verpflichtet, die elterliche Gewalt einem Ehegatten allein zuzusprechen (Art. 297 III, 156, 133 ZGB). Eine gemeinschaftliche elterliche Gewalt nicht miteinander verheirateter Eltern ist ausgeschlossen (45).

Nach dem Tode eines Ehegatten steht die elterliche Gewalt dem Überlebenden Ehegatten zu (Art. 297 III ZGB) (46). Stirbt der Elternteil, dem die Gewaltrechte kraft Scheidungsurteil zugewiesen wurden, erfolgt die Uebertragung auf den anderen Elternteil nicht von Gesetzes wegen, sondern nur durch richterlichen oder vormundschaftsbehördlichen Entscheid (47).

b) Unverheiratete Eltern

Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, so erwirbt die Mutter die elterliche Gewalt von Gesetzes wegen (Art. 298 I ZGB) (48). Dem Kind wird aber regelmässig ein Beistand

43 Unter dem alten Kindesrecht war das Schicksal der elterlichen Gewalt bei Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und bei gerichtlicher Trennung umstritten (Henkel, Elterliche Gewalt, S. 91, mit Verweis auf Hegnauer, N. 30 und 32 ff. zu aArt. 274; BB1 1974 II 71); Frank, Ehetrennung, S. 250ff.

44 vgl. § 6 A und C

45 Hegnauer, Grundriss, S. 137

46 analoge Regelung bei Entmündigung (Art. 296 II ZGB)

47 zur sachlichen Zuständigkeit: Das Bundesgericht bejaht in Ergänzung der Rechtsprechung zu BGE 107 II 100ff. die konkurrierende Zuständigkeit des Abänderungsrichters (Art. 157 ZGB) und der vormundschaftlichen Behörden (Art. 315a III ZGB) (BGE 108 II 379f.); kritisch dazu das Zürcher Obergericht in ZR 84 (1985) Nr. 127, S. 284ff. mit Verweis auf die gegenteilige Auffassung der Lehre (S. 285f.), die einhellig die ausschliessliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde fordert; ebenso BB1 1974 II 87

48 vgl. zur alten Regelung aArt. 311 II, 324 III, 327 ZGB; Jorio, S. 26; lesenswert sind die kritischen Betrachtungen zum ex lege-Erwerb der Mutter bei Jorio, S. 180ff.

bestellt (Art. 309 I ZGB), der nicht nur für die Feststellung des Kindesverhältnisses zu sorgen, sondern auch die Mutter in der nach den Umständen gebotenen Weise zu beraten und zu betreuen hat (49).

Ist die Mutter unmündig, entmündigt oder gestorben oder ist ihr die elterliche Gewalt entzogen, so bestellt die Vormundschaftsbehörde dem Kind einen Vormund oder überträgt die elterliche Gewalt dem Vater, je nachdem, was das Wohl des Kindes erfordert (Art. 298 II ZGB). Wird die unmündige Mutter mündig (Art. 14f. ZGB) oder die Entmündigung aufgehoben, so erwirbt sie von Gesetzes wegen die elterliche Gewalt über ihr Kind, sofern es bevormundet war (50). Hat die Vormundschaftsbehörde hingegen die elterliche Gewalt dem Vater übertragen, so kann sie der Mutter nur zukommen, nachdem sie dem Vater gemäss Art. 311f. ZGB entzogen worden ist (51). Die Uebertragung der elterlichen Gewalt an den Vater vereitelt den späteren gesetzlichen Erwerb durch die Mutter. Diesen Aspekt haben die Vormundschaftsbehörden bei ihrem Entscheid zu berücksichtigen (52).

- 49 BBl 1974 II 74; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 92; vgl. zur Aufgabe und Stellung des Ausserehelichenbeistandes Hegnauer, Grundriss, S. 152ff., mit Verweis auf BGE 107 II 312, der bestätigt, dass dem Kind kein Beistand zu ernennen ist, sofern das Kindesverhältnis zum Vater aufgrund einer Anerkennung bereits bei der Geburt oder schon vorher feststeht. Die Justizdirektion des Kantons Zürich dehnt in ihrem Kreisschreiben vom 1.11.82 betreffend Beistandschaften für ausserhalb der Ehe geborene Kinder gemäss Art. 309 und 308 II ZGB (ZVW 38 (1983), S. 28ff.) den vom Bundesgericht determinierten Zeitpunkt "bei Geburt" auf etwa einen Monat nach der Geburt des Kindes aus und legt die Ausnahmen fest, die es rechtfertigen, vom Erfordernis der Anerkennung binnen Monatsfrist abzuweichen.
- 50 Hegnauer, Grundriss, S. 138; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 93
- 51 Hegnauer, Grundriss, S. 138; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 93
- 52 Hegnauer, Grundriss, S. 138f., mit Beispielen, wann eine Uebertragung an den Vater in Betracht zu ziehen ist; Brauchli, S. 59f.; Jorio, S. 218ff.

Der Stiefelternteil ist nicht Inhaber der elterlichen Gewalt; er hat dem Ehegatten in der Ausübung beizustehen und ihn lediglich dann zu vertreten, wenn es die Umstände erfordern (53). Darin liegt nicht nur eine auf Art. 159 III ZGB basierende eheliche Beistandspflicht, sondern auch ein Recht (54).

5. Pflegeeltern

Auch den Pflegeeltern kommt keine elterliche Gewalt zu. Art. 300 I ZGB sieht aber vor, dass sie unter Vorbehalt abweichender Anordnungen die Eltern in der Ausübung der elterlichen Gewalt, soweit es zur gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe angezeigt ist, vertreten. Liegt ein Pflegeverhältnis vor, so haben die Pflegeeltern unmittelbar aus Gesetz Anteil an der elterlichen Gewalt (55). Die Pflegeeltern sind somit gesetzliche Stellvertreter des Inhabers der elterlichen Gewalt (56). Diese gesetzliche Lösung harmonisiert mit der Lehre der Unverzichtbarkeit der elterlichen Gewalt (57). denn Art. 300 I ZGB räumt den Pflegeeltern im Rahmen der gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe unabhängig vom Willen der Eltern die Stellvertretungsmacht ein (58). Das Primat der Eltern wird durch den gesetzlich fixierten Umfang der Vertretungsmacht und das ihnen zustehende Vetorecht gesichert (59).

53 Art. 299 ZGB

54 BBl 1974 II 75; Hegnauer, Grundriss, S. 134; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 94; Jorio, S. 101ff.

55 Hegnauer Cyril, Das schweizerische Pflegekinderrecht - Struktur und Entwicklung, in: ZVW 40 (1985). S. 103

56 Vogel-Etienne, S. 61ff., die zwischen drei faktischen Eltern-Kind-Verhältnissen unterscheidet: Adoptivpflegeverhältnis, gewöhnliches Pflegeverhältnis und Stiefkindverhältnis; Brauchli, S. 60; Blum, S. 6, 71; Di Bisceglia, S. 85ff., 121; Girard, chapitre 16.1; Henkel, S. 67, 188; id., Elterliche Gewalt, S. 94f.; Bättig, S. 25; Tuor/Schnyder, S. 319; Völkle, S. 75 und 80f., qualifiziert Art. 300 ZGB als ius dispositivum.

57 vgl. § 1 A I 4.

58 entsprechend Hegnauer, a.a.O., S. 103; a.M. Völkle, S. 75ff. und Jorio, S. 99

59 gl.M. Hegnauer, a.a.O., S. 103f.

Dass den Pflegeeltern eine limitierte Vertretungsmacht zukommt, bestimmt das Gesetz, dagegen richten sich der Inhalt und der Umfang ihrer Befugnisse nach dem Willen der Vertragsparteien, vornehmlich des Inhabers der elterlichen Gewalt. Diesen Ausgestaltungsspielraum schafft das Gesetz, indem es den Inhalt nicht bestimmt, aber bestimmbar macht (60). Daneben prägen Grund, Zweck, Art und Dauer des Pflegeverhältnisses und die Beziehungen zwischen den Betroffenen den Inhalt der Befugnisse (61). "Sie (sc. die Pflegeeltern) treffen die Entscheidungen, die nach der Natur der Sache üblicherweise dem unmittelbaren Erzieher obliegen, die ihnen von den Eltern ausdrücklich oder stillschweigend überlassen werden oder die aus äussern Gründen (zeitliche Dringlichkeit, Abwesenheit, Krankheit) von diesen nicht vorgenommen werden können" (62).

Art. 301 II ZGB auferlegt den Eltern die Pflicht, vor wichtigen Entscheidungen die Pflegeeltern anzuhören. Das Kindeswohl fordert die Möglichkeit der Pflegeeltern, Tatsachen, die nur ihnen aufgrund der Vertrautheit mit dem Kind im täglichen Leben bekannt sind, vorzutragen.

Auch das unter Vormundschaft stehende Kind, das bei Pflegeeltern untergebracht ist, geniesst den familienrechtlichen Schutz. Das Gesetz räumt dem Vormund in Art. 405 II ZGB die gleichen Rechte ein wie den Eltern, unter Vorbehalt der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden. Die Rechtsbeziehung zwischen dem Vormund und den Pflegeeltern entspricht derjenigen zwischen Eltern und Pflegeeltern. Daher ergibt sich aus sinngemässer Anwendung von Art. 405 II ZGB, dass die Pflegeeltern an den Befugnissen des Vormundes teilnehmen, soweit dies die gehörige Erfüllung ihrer Aufgabe erfordert. Ebenso steht ihnen das Anhörungsrecht vor wichtigen Entscheidungen des Vormundes oder der vormundschaftlichen Behörden zu (63).

60 Hegnauer, a.a.O., S. 103: Die Befugnisse umfassen, was zur gehörigen Erfüllung der Aufgabe der Pflege und Erziehung des Kindes angezeigt ist.

61 Hegnauer, a.a.O., S. 103

62 Hegnauer, Grundriss, S. 135

63 Hegnauer, a.a.O., S. 106; Völkle, S. 81

1. Im allgemeinen

Das neue Kindesrecht veränderte den Inhalt der elterlichen Gewalt materiell nicht (64). Da sich ihre Substanz mit Heranwachsen der Kinder bis zu deren Mündigkeit entleert, hat sich der Gesetzgeber auf die Normierung genereller Leitsätze zu beschränken. Redaktionell erfolgten in Art. 301 I ZGB Aenderungen, um die Zweckgebundenheit und Schranken der elterlichen Gewalt zu betonen. Die Eltern leiten im Blick auf das Wohl des Kindes seine Pflege und Erziehung und treffen unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen (Art. 301 I ZGB). Im Verhältnis zum Kind erscheint die elterliche Gewalt als Leitungsbefugnis, die in der im Rahmen der Erziehungsaufgabe geschuldeten Gehorsampflicht (Art. 301 II ZGB) ihr Korrelat findet (65). Die elterliche Gewalt enthält die Befugnis zur Anwendung der nötigen Erziehungsmittel, einschliesslich die Züchtigung, ohne dass eine ausdrückliche Erwähnung im Gesetz notwendig ist (66). Es fällt auf, dass Art. 301 primär die Pflichten der Eltern und sekundär die der Kinder aufzählt in Abänderung der Reihenfolge von aArt. 275 ZGB, mit der - wie Brauchli vermutet (67) - die Dominanz der Elternrechte hervorgehoben werden wollte. Als Schranken der elterlichen Gewalt statuiert das Gesetz das Kindeswohl, die beschränkte Handlungsfähigkeit (Art. 19 II, 305 I ZGB) des Kindes (68) und dessen eigene Meinung, die in wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, zu berücksichtigen ist (Art. 301 II ZGB).

64 BBl 1974 II 76

65 vgl. auch Hegnauer, Grundriss, S. 140; BBl 1974 II 76

66 BBl 1974 II 77; Hegnauer, Grundriss, S. 140, hält nur Mittel für erlaubt, welche geeignet sind, die Erziehung des Kindes zu fördern, ohne seine Entwicklung zu gefährden; abzulehnen sind Vergeltungs- und Abschreckungsstrafen.

67 S. 152f.

68 vgl. die Interessenabwägung zwischen Fürsorgeaufgabe und Persönlichkeitsrechten des Kindes bei Frank, S. 45ff.; Grossen Jacques-Michel, L'autorité parentale, le secret médical et la contraception, in: Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, S. 79ff.

a) Allgemeines

"Wesentliches Element der elterlichen Gewalt und zugleich Voraussetzung ihrer Ausübung ist die Befugnis der Eltern, über den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen (droit de garde)" (69). Adressaten dieses Bestimmungsrechts sind das Kind und Dritte. Art. 301 III ZGB formuliert den Regelfall (vgl. Art. 276 II ZGB, der häuslichen Gemeinschaft von Eltern und Kind, die es ohne deren Einwilligung nicht verlassen darf. Dieses Verbot erstreckt sich auch auf den von den Eltern bezeichneten Pflegeplatz. Widersetzt sich das Kind ihren Anordnungen, so haben sie sich zur Durchsetzung an die Vormundschaftsbehörde zu wenden (70).

Auch Dritte sind dem elterlichen Bestimmungsrecht unterworfen, denn Art. 301 III Satz 2 ZGB verbietet ihnen, das Kind widerrechtlich zu entziehen. Art. 220 StGB stärkt die Rechtsposition der Eltern, indem das Entziehen und Vorenthalten des Kindes unter Strafe gestellt werden.

Beschränkungen erfährt das Bestimmungsrecht der Eltern durch Anordnungen über den persönlichen Verkehr (Art. 273ff. ZGB) und durch öffentlich-rechtliche Vorschriften wie die Schulpflicht (71).

69 BB1 1974 II 76; vgl. auch Hegnauer, N. 71ff. zu aArt. 272; Egger, N. 11ff. zu aArt. 273; Frischkopf, S. 10; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 97

70 Hegnauer, Grundriss, S. 141, mit Verweis auf BGE 94 I 101f.; id., N. 92ff. zu aArt. 273

71 Hegnauer, Grundriss, S. 141; id., N. 77 zu aArt. 273; ebenso Gianola, S. 15f. und 70; Bühler/Spühler, N. 310 zu Art. 156; BB1 1974 II 34 sowie BGE 100 II 82; die gegenteilige Ansicht wurde in BGE 107 II 502 vertreten.

b) Begriff und Rechtsnatur der Obhut

Der Gesetzgeber benutzt den Terminus "Obhut" in Art. 275 III, 276 II und im Marginale zu Art. 310 ZGB, er hat aber auf eine Legaldefinition verzichtet.

In der Lehre wird der Begriff der Obhut unterschiedlich verwendet. Die Obhut wird definiert entweder als schlichtes Aufenthaltsbestimmungsrecht (72) oder als mit dem Recht auf unmittelbare Pflege und Erziehung kombiniertes Aufenthaltsbestimmungsrecht (73) oder aber als im Vergleich mit der elterlichen Gewalt beschränktes Gewaltrecht (74), dessen Inhalt je nach Art variiert (75).

Die überwiegende Lehrmeinung (73) deckt sich mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, gemäss welcher mit der Obhutzuweisung das Recht, über den Aufenthalt, die Pflege und Erziehung der Kinder zu bestimmen, übertragen wird (76). Diese Begriffsbestimmung weist minime Differenzen zur Bezeichnung der Obhut als blosses Aufenthaltsbestimmungsrecht

- 72 Hegnauer, Grundriss, S. 140 und 156; id., N. 78 zu aArt. 273; id., Die Uebertragung der Obhut durch den geschiedenen Inhaber der elterlichen Gewalt auf den andern Elternteil, in: ZVW 35 (1980), S. 60; i.d.S. Egger, N. 11 zu aArt. 273 und N. 3 zu aArt. 274; indifferent Blum, S. 7 und 11
- 73 Bühler/Spühler, N. 201 zu Art. 145 und N. 131 zu Art. 156; Völkle, S. 26, 38 und 79; Henkel, S. 60; id., elterliche Gewalt, S. 108; Reday, S. 2; Frank, S. 37; id., Ehetrennung, S. 251
- 74 Kehl-Böhlen, S. 21; analog Näf-Hofmann, S. 91f.; Schnyder Bernhard, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, in: Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Das neue Kindesrecht, Bern 1978, S. 49f. und Di Biscaglia, S. 69f.
- 75 Kehl-Böhlen unterscheidet folgende Obhutarten: gesetzliche, behördliche, vertragliche, tatsächliche, provisorische, langfristige, mittelfristige, kurzfristige, befristete, originäre, terminale, derivative, nackte, verstärkte, gemeinsame, wechselnde, unmittelbare und mittelbare Obhut oder die Einzelobhut (S. 22f.). Im einzelnen kann hier nicht darauf eingegangen werden.
- 76 BGE 91 IV 137 (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft) und 230 (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)

auf. Denn wer den Aufenthaltsort des Kindes anordnen darf, dem obliegt auch die Entscheidung, ob er es in seiner Hausgemeinschaft - in unmittelbarer Pflege und Erziehung (77) - aufnehmen will, oder ob er Drittpersonen mit der Ausübung dieser Aufgabe betrauen will. Im Entscheid BGE 108 IV 22ff. (i.S. H. contre Ministère de Vaud) (78) erwähnte auch das Bundesgericht einzig das Aufenthaltsbestimmungsrecht (79), als es die Obhut zu charakterisieren hatte.

Nicht gefolgt werden kann Kehl-Böhlen, der das Aufenthaltsbestimmungsrecht nicht als Bestandteil der Obhut betrachtet (80). Seine Erörterungen stehen nicht in Einklang mit dem Obhutbegriff in Art. 310 ZGB und dem des Bundesgerichtes; daneben erscheint seine Begriffsverwendung schwer praktikabel, da sich der Gehalt der Obhut je nach Art wandelt und nur mit Hilfe zahlreicher Kriterien (81) bestimmbar ist.

Die Obhut ist der Kern der elterlichen Gewalt. Ihr Entzug bewirkt faktisch die Aushöhlung der rechtlich verbleibenden Gewalt (82).

- 77 vgl. dazu Vogel-Etienne, S. 56ff.; zu Missverständnissen führen könnte der leider oft inkonsequent gebrauchte Ausdruck "zur Erziehung und Pflege zuweisen (zuteilen, anvertrauen)"; in der Regel umschreibt er die Zuteilung der elterlichen Gewalt, die nicht zwangsläufig mit der Obhut zuteilung kombiniert werden muss (vgl. Hegnauer Cyril, Zur Abgrenzung der Kinderschutzbefugnisse der vormundschaftlichen Behörden und des Scheidungsrichters, in: ZVW 36 (1981), S. 66 und id., N. 22 zu aArt. 274); i.d.S. auch Art. 297 III ZGB
- 78 wiedergegeben in Pra 71 (1982) Nr. 223, S. 567ff. und ZÖF 79 (1982), S. 188f.
- 79 le droit et le devoir de choisir la résidence de l'enfant (a.a.O., S. 25)
- 80 S. 21 in Verbindung mit 28, 59, 89 und 96
- 81 S. 67ff., insbesondere S. 72; vgl. auch die Kurzbestandesaufnahme zum Inhalt der Obhut bei Schneider Bernhard, SJK 334, S. 11ff. und 13f.
- 82 vgl. den Entscheid des Bezirksrates Meilen vom 8.3.1978, abgedruckt in ZVW 33 (1978), S. 109; ebenso BGE 111 II 119ff., ausführlicher wiedergegeben in: ZVW 41 (1986), S. 77

c) Träger der Obhut

Solange die elterliche Gewalt dem Inhaber uneingeschränkt zusteht, ist er auch Träger der Obhut als deren Bestandteil. Darzulegen sind die Fälle, in denen die Obhut und die restliche elterliche Gewalt verschiedenen Trägern eingeräumt wurde.

aa) Mitinhaber der elterlichen Gewalt mit zusätzlicher Obhut

Die Zuweisung der Obhut durch richterlichen oder vormundschaftsbehördlichen Entscheid an den Mitinhaber der elterlichen Gewalt verstärkt dessen Rechtsstellung gegenüber dem Ehegatten, dem nur noch die Mitinhaberschaft über die Restgewalt zusteht (83).

Zuweisungsberechtigt ist der Eheschutzrichter gemäss Art. 169ff. in Verbindung mit Art. 297 II ZGB, der Richter im vorsorglichen Massnahmeverfahren während des Ehetrennungs-, Ehescheidungs- oder Abänderungsprozesses (Art. 145 in Verbindung mit Art. 315a ZGB) oder der Richter, der die Trennung gemäss Art. 143ff. ZGB ausspricht (Art. 297 II ZGB) (84). Hingegen ist es dem Scheidungsrichter verwehrt, einem Elternteil die Obhut zuzuweisen und dem Ehepartner weiterhin die Mitinhaberschaft an der elterlichen Gewalt zu belassen. Er hat einem Ehegatten die elterliche Gewalt alleine zuzusprechen (Art. 297 III ZGB) oder sie beiden abzuerkennen und sodann das Kind unter vormundschaftliche Gewalt zu stellen (85).

bb) Vormund und Vormundschaftsbehörde als Träger der vormundschaftlichen Gewalt mit Obhut

Im Unterschied zur elterlichen Gewalt sind die Bestandteile der vormundschaftlichen Gewalt a priori auf verschiedene Träger verteilt. Sowohl der Vormund als auch die Vormundschaftsbehörde sind Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts

83 vgl. dazu BGE 91 IV 230; BJM 1966, S. 35; Hegnauer, N. 30 zu aArt. 274

84 vgl. auch § 6 A und C

85 Hegnauer, Grundriss, S. 137 und id., N. 22 und 36ff. zu aArt 274

- cc) Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin gemäss Art. 310 ZGB ohne Restgewalt

Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, ist die Vormundschaftsbehörde verpflichtet, die elterliche Obhut aufzuheben. Das Kind wird den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten aufhält, diesen weggenommen (Art. 310 I ZGB) oder es wird den Eltern, deren Kind seit längerer Zeit bei Pflegeeltern lebt, seine Rücknahme untersagt (Art. 310 III ZGB). Somit entfällt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Inhaber der elterlichen Gewalt und geht auf die Vormundschaftsbehörde über, die darüber entscheidet, wie und wo das Kind angemessen unterzubringen ist. Obwohl die Behörde die Ausübung der unmittelbaren Pflege und Erziehung delegiert, ist sie als Trägerin des Aufenthaltsbestimmungsrechts (87) Obhutinhaberin.

- dd) Urteilende oder vollziehende Behörde im Bereiche des Jugendstrafrechts (88) mit Obhut ohne Restgewalt

Durch die Anordnung oder Abänderung von Erziehungsmassnahmen, Strafen oder einer besonderen Behandlung bestimmen die urteilende oder vollziehende Behörde, oder - im Rahmen vorsorglicher Massnahmen - auch die Untersuchungsbehörde, den Aufenthaltsort des delinquenten Kindes, Jugendlichen oder unmündigen jungen Erwachsenen. Diese Kompetenz beseitigt das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Inhabers der elterlichen Gewalt und obliegt, solange der delinquente Unmündige dem strafrechtlichen Verfahren oder Massnahmevollzug untersteht, der zuständigen Behörde (89).

- 86 vgl. § 1 B II
 87 Das Aufenthaltsbestimmungsrecht steht der Behörde gemäss Art. 310 ZGB zu; ebenso: Hegnauer, Grundriss, S. 156; Kehl-Böhlen, S. 53, 59, und 98; Girard, chapitre 19.6 (fehlende Paginierung); Di Bisceglia, S. 116 und Gianola, S. 71
 88 aufgrund Art. 82-87, 89-97 und 100-100ter StGB
 89 a.M. Böhlen Marie, Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht, Bern 1975, N. 16 zu Art. 84 StGB: "Auch im Falle der Familienplatzierung und der Heimeinweisung bleibt die elterliche Gewalt bestehen. Allein die Anordnung der Massnahme beraubt die Eltern zum Teil der tatsächlichen Ausübung ihrer Rechte und Pflichten". Gemäss BGE 99 IV 270 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) ruht die elterliche Gewalt nur, und die Vollzugsorgane sind allein berechtigt, den Aufenthaltsort zu bestimmen.

Zur Ausübung der den vormundschaftlichen Organen (91) gesetzlich (92) zugewiesenen Aufgaben sind sie auf die Hilfe von aussenstehenden privaten und öffentlichen Stellen sowie Privatpersonen angewiesen.

Das Vormundschaftsrecht i.e.S. erwähnt nur wenige Hilfsorgane expressis verbis: Sachverständige (Art. 374 II, 436, 397e Ziff. 5 ZGB), Anstalten (Art. 397aff., 405a, 406 II, 375 II ZGB) und Pflegeeltern (Art. 405 in Verbindung mit Art. 310 ZGB). Nicht im Gesetz genannte Hilfsorgane, wie Banken, Treuhandgesellschaften, Heime mit Erzieher, Sozialarbeiter, Aerzte, Psychotherapeuten, Prozessvertreter, Jugendämter, Wohngemeinschaften und Auffangstationen (93), sind hingegen zahlreich.

Die vormundschaftlichen Organe sind verpflichtet, die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Sie sind berechtigt, deren konkrete Durchführung an die Hilfsorgane zu delegieren. Verboten ist aber die Uebertragung von Entscheidungsbefugnissen an die Hilfsorgane (94). Daher muss das den vormundschaftlichen Organen zustehende Aufenthaltsbestimmungsrecht (95) über das Unmündige von ihnen selbst ausgeübt werden. Widerrechtlich wäre es, die konkrete Wahl des Pflegeplatzes bei Pflegeeltern oder der Anstalt einem Hilfsorgan zu überlassen (96). Pflegeeltern oder Leiter einer Anstalt sind infolgedessen nie Inhaber der Obhut, da ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind nicht zusteht. Sie können lediglich zur Ausübung der Obhut – im Sinne der unmittelbaren Pflege und Erziehung – zugezogen werden.

- 90 vgl. zur Bezeichnung "Hilfsorgan" anstelle des Terminus "Hilfspersonen" Schnyder/Murer, N. 98ff. zu Art. 360
- 91 Art. 360f. ZGB bezeichnen abschliessend als vormundschaftliche Organe: den Vormund, den Beistand – worunter sowohl der Beistand i.e.S. als auch der Beirat zu verstehen sind – und die vormundschaftlichen Behörden, wozu die Vormundschaftsbehörde und höchstens zwei Aufsichtsbehörden gehören; vgl. Näheres bei Schnyder/Murer, N. 5ff. zu Art. 360
- 92 vom Vormundschaftsrecht i.e.S. und i.w.S.; vgl. zu dieser Unterscheidung Schnyder/Murer, N. 3ff. des Systematischen Teiles
- 93 Schnyder/Murer, N. 101f. zu Art. 360
- 94 Schnyder/Murer, N. 25f. und 105 zu Art. 360 und N. 274 des Systematischen Teiles; Henkel, S. 151, mit Verweis auf Hegnauer, N. 153 zu aArt. 283
- 95 des Vormundes gemäss Art. 405 und 405a I ZGB; der Vormundschaftsbehörde aufgrund Art. 405a I und 310 ZGB
- 96 ebenso Schnyder/Murer, N. 44 zu Art. 360

Weder Pflege- noch Stiefeltern sind Obhutinhaber; ihnen steht lediglich die ihnen von den Eltern, Behörden oder Gerichten Übertragene Ausübung der Obhut zu (97). Diese Ermächtigung kann jederzeit vom Obhutinhaber widerrufen werden.

Ein Verzicht auf die Obhut als Bestandteil der elterlichen Gewalt ist widerrechtlich, einzig die Ausübung der Obhut ist delegierbar (98).

3. Erziehung und Ausbildung

Die Eltern haben das Kind ihren Verhältnissen entsprechend zu erziehen und seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung zu fördern und zu schützen (Art. 302 I ZGB). "Die vornehmste Aufgabe der Eltern, die Erziehung ihrer Kinder, ist sittlicher Natur und entzieht sich im einzelnen rechtlicher Normierung" (99). Die Eltern bestimmen Erziehungsziel und Erziehungsmittel weitgehend frei, sie werden aber aufgefordert, mit der Schule und, wo es die Umstände erfordern, mit der öffentlichen und gemeinnützigen Jugendhilfe, die Anteil an der Erziehungs- und Ausbildungsaufgabe haben, zusammenzuarbeiten (100). Kooperation drängt sich speziell im Rahmen der allgemeinen und beruflichen Ausbildung auf, die dem Kind, insbesondere auch dem körperlich oder geistig gebrechlichen, soweit möglich entsprechend seinen Fähigkeiten und Neigungen verschafft werden soll (101).

4. Religiöse Erziehung

Bis zum erfüllten 16. Altersjahr verfügen der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Vormund über die religiöse Erziehung des Kindes (Art. 49 III BV; Art. 303 I ZGB) (102). Ein Vertrag, der

97 in diesem Sinne auch Hegnauer Cyril, Die Uebertragung der Obhut durch den geschiedenen Inhaber der elterlichen Gewalt auf den andern Elternteil, in: ZVW 35 (1980), S. 60

98 vgl. § 1 A I 4. und § 1 A III 2.d)

99 BBl 1974 II 77

100 Art. 302 III ZGB

101 Art. 302 II ZGB

102 Das neue Kindesrecht beseitigt die von Saladin (S. 192 mit Verweisen) geltend gemachte Verfassungswidrigkeit von aArt. 277 III ZGB, der den Eltern nicht nur das Recht verlieh, über die religiöse Erziehung des Kindes, sondern allgemeiner über sein religiöses Bekenntnis zu bestimmen; vgl. auch Tuor/Schnyder, S. 324.

diese Befugnis beschränkt, ist ungültig (Art. 303 II ZGB). Die Grundrechtsmündigkeit des Kindes nach dem 16. Lebensjahr beendet die elterliche Gewalt im sakralen Bereich vorzeitig (103).

5. Gesetzliche Vertretung

Das handlungsunfähige Kind (104) bedarf der gesetzlichen Vertretung, die den Eltern obliegt, sofern sie Inhaber der elterlichen Gewalt sind (Art. 304 I ZGB). Sind die Eltern verheiratet, so dürfen gutgläubige Dritte voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt (Art. 304 II ZGB). Die Bestimmungen über die Vertretung des Bevormundeten finden entsprechende Anwendung mit Ausschluss der Vorschriften über die Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 304 III mit Verweis auf Art. 407 - 411 und Ausschluss der Art. 420ff. ZGB) (105). Das Kind hat unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit wie eine bevormundete Person (Art. 305 I ZGB). Mit Zustimmung der Eltern kann das urteilsfähige Kind infolgedessen Verpflichtungen begründen und Verfügungen treffen (Art. 19 I und Art. 410f. ZGB). Ohne diese Einwilligung vermag es Vorteile zu erlangen, die unentgeltlich sind, und Rechte auszuüben, die ihm um seiner Persönlichkeit willen zustehen (Art. 19 II ZGB) (106).

Für Verpflichtungen des Kindes haftet sein Vermögen ohne Rücksicht auf die elterlichen Vermögensrechte (Art. 305 II ZGB). Bei Urteilsfähigkeit wird es aus unerlaubten Handlungen schadenersatzpflichtig (Art. 19 III ZGB), ansonsten nach Art. 54 OR. Urteilsfähige Kinder unter elterlicher Gewalt können unter Zustimmung der Eltern für die Gemeinschaft handeln, verpflichten damit aber nicht sich selbst, sondern die Eltern (Art. 306 I ZGB) (107).

103 Art. 49 III BV; Art. 303 III ZGB

104 Art. 17 in Verbindung mit Art. 13ff. ZGB

105 für nähere Einzelheiten vgl. Hegnauer, Grundriss, S. 144ff. Henkel, Elterliche Gewalt, S. 98f.; Völkle, S. 96ff.; Frischkopf, S. 14; Tuor/Schnyder, S. 325f.; BB1 1974 II 78f.

106 vgl. FN. 68

107 vgl. dazu Hegnauer, Grundriss, S. 145

Die Eltern haben, solange ihnen die elterliche Gewalt zusteht, das Recht und die Pflicht, das Kindesvermögen zu verwalten (Art. 318 I ZGB) (108). Die elterliche Gewalt umfasst trotz systematischer Trennung dieser Bereiche im Gesetz die Fürsorge um die Person und das Vermögen des Kindes. Die Eltern verwalten das Kindesvermögen unter Vorbehalt der Bestimmungen über dessen Schutz selbständig und sind weder an die Weisungen der vormundschaftlichen Behörden noch an deren Zustimmung gebunden (109).

7. Wahl des Vornamens

Die Bestimmung des Vornamens ist nicht Bestandteil der elterlichen Gewalt. Unabhängig von der Trägerschaft obliegt die Wahl des Vornamens den verheirateten Eltern, ansonsten der Mutter (110).

Bei der Adoption kann dem Kind auf Antrag der Adoptiveltern ein neuer Vorname gegeben werden (Art. 267 III ZGB).

108 vgl. dazu BBl 1974 II 89; Hegnauer, Grundriss, S. 164ff.; Vogel-Etienne, S. 229ff.; Völkle, S. 97f.; Tuor/Schnyder, S. 326ff.

109 Hegnauer, Grundriss, S. 164

110 Hegnauer, Grundriss, S. 146; gl.M. Egger, N. 16 zu aArt. 275; a.M. Silbernagel, N. 13 zu aArt. 275; offenbar auch Tuor/Schnyder, S. 323; offen gelassen bei Frischkopf, S. 11f. und Brauchli, S. 153

1. Intentionen des Gesetzgebers von 1937

Wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder vorenthält, wird nach dem Schweizerischen Strafgesetzbuch vom 21.12.1937, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (Art. 220 StGB).

Geschütztes Rechtsgut ist nach herrschender Lehre (111) die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt. Schon die systematische Einordnung dieses Deliktes unter den 6. Titel des StGB, Verbrechen oder Vergehen gegen die Familie, legt dar, dass die elterliche resp. vormundschaftliche Gewalt und nicht die persönliche Freiheit des Unmündigen gesichert werden soll. Aufgrund der Wesensart der elterlichen Gewalt als finales Pflichtrecht nach Massgabe des Kindeswohles (112) erwächst dem Kind durch diese Strafnorm mittelbarer Schutz (113).

Bereits die meisten kantonalen Strafgesetzbücher (114) und die Vorentwürfe zum StGB (115) betrachteten die elterliche Gewalt als das schützenswerte Rechtsgut, auch wenn sie teilweise (116) die Eingriffe in das Pflichtrecht den Delikten gegen die persönliche Freiheit zuordneten.

In der BRD wird die Kindesentziehung, geregelt in § 235 dtStGB, noch heute, trotz intensiver Kritik durch die Lehre (117),

- 111 Thormann/Overbeck, N. 1 und 11 zu Art. 220; Petrzilka, S. 290; Hafter, S. 443; Logoz, N. 1 zu Art. 220; Schwander, N. 664; Stratenwerth, BT II, S. 98
- 112 vgl. § 1 A I
- 113 ebenso Hafter, S. 443; BGE 92 IV 2 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 105; vgl. auch § 14
- 114 mit Ausnahme der Kantone St. Gallen, Zürich, Zug, Graubünden, Aargau, Luzern, Obwalden, Schaffhausen, die nicht die Elternrechte, sondern den Anspruch des Kindes auf Schutz seitens seines Gewalthabers gewährleisten wollten; analog Zürcher, S. 263, der die elterliche resp. vormundschaftliche Gewalt nur formell durch aArt. 142 StGB geschützt sieht; Näheres bei Wurstemberger, S. 103ff.; zur Spezialregelung der Kantone Glarus, der beiden Appenzell und Thurgau vgl. Wurstemberger, S. 58 und 98ff.
- 115 VE 1894 Art. 98; VE 1896 Art. 130; VE 1903 Art. 115; VE 1908 Art. 142; VE 1916 Art. 190; BB1 1918 IV 45f. (zu Art. 186)
- 116 VE 1894 Art. 98; VE 1903 Art. 115; Näheres bei Wurstemberger, S. 55ff.
- 117 u.a. Vogler, LK 10. A., N. 3. der Vorbemerkungen zu §§ 234-238; Eser, SS, Vorbemerkung zu § 235; Maurach-Schroeder, S. 80 und 88f.; Schmidhäuser, S. 159; Bockelmann, S. 86

systematisch als Straftat gegen die persönliche Freiheit betrachtet, obwohl die Norm in erster Linie den Schutz der elterlichen oder sonstigen familienrechtlichen Sorge (118) bezweckt.

2. Konkretisierung des Schutzbereiches durch Rechtsprechung und Lehre

Es ist zu prüfen, ob für den Strafgesetzgeber in Art. 220 StGB der Begriff der elterlichen Gewalt im zivilrechtlichen Sinne (119) massgebend ist. Schützt Art. 220 StGB die der elterlichen Gewalt inhärenten zivilrechtlichen Rechte und Pflichten vollumfänglich?

Die Einheit der Rechtsordnung und die Rechtssicherheit fordern weitgehend eine identische Verwendung der termini technici aus den verschiedenen Rechtsgebieten, falls sie vom Strafrecht übernommen werden (120). Diesem Postulat wurde schon bei der Vorberatung des ZGB Rechnung getragen, um den Weg der künftigen Strafrechtsvereinheitlichung nicht zu verbauen (121). "Man strebte bei der späteren Behandlung der Strafgesetz-Entwürfe, an der z.T. die gleichen Juristen beteiligt waren wie an der Beratung des ZGB, nach möglicher Uebereinstimmung der Begriffsbildung beider Gebiete" (121).

Die These der Begriffsidentität wird unterstützt durch den eigenen Definitionskatalog im Strafrecht (122) für Begriffe, die der Gesetzgeber unabhängig vom Zivilrecht terminieren wollte.

118 §§ 1626ff., 1631f. BGB; Vogler, LK 10. A., N. 1 zu § 235; Heimann-Trosien, LK 9. A., N. 1 zu § 235; Eser, SS, N. 1 zu § 235; Horn, SK, N. 2 zu § 235; Lackner, N. 1 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235

119 vgl. § 1 A

120 Beispiele bei Reichel Alexander, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht mit besonderer Rücksicht auf den Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, in: ZStrR 21 (1908), S. 318-338 und Liver Peter, Zivilrechtliche Begriffe im Strafrecht, in: Lebendiges Strafrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, ZStrR 94 (1977), S. 119-132

121 Liver, op.cit., S. 112, mit Verweisen

122 Art. 110 StGB

Das Bundesgericht äusserte sich zur Begriffsproblematik uneinheitlich. In BGE 85 IV 224ff. (123) vertrat es den Grundsatz, den es später in zahlreichen Entscheiden bestätigte (124), dass die aus dem Zivilrecht entnommenen Begriffe auch in ihrem zivilrechtlichen Sinne für das Strafrecht massgebend seien. Dazwischen postulierte es die Verselbständigung der strafrechtlichen Begriffe von den gleichnamigen zivilrechtlichen Termini (125). Als Schranken dieser Dispositionsfähigkeit setzt das Bundesgericht (126) die Rechtssicherheit und die Einheit der Rechtsordnung, die nicht gefährdet werden dürfen, wenn das Strafrecht über die zivilrechtliche Regelung hinausgeht.

a) Rechtsprechung des Bundesgerichts

In BGE 80 IV 67ff. (i.S. Distel gegen Distel) nahm das Bundesgericht erstmals zu Art. 220 StGB Stellung und hielt fest, dass diese Strafnorm alle Handlungen (im Sinne einer Handlung oder Unterlassung) pönalisieren, die den Inhaber der Gewalt hindern, frei über die unmündige Person, insbesondere über ihren Aufenthaltsort, ihre Erziehung, ihre Lebensgestaltung, zu bestimmen (127).

Im Entscheid 91 IV 136ff. (i. S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft) (128) grenzte das Bundesgericht die Rechte des Inhabers der elterlichen Gewalt, dem die Kinder zugeteilt worden waren, gegen die des Mitinhabers ab. Die Befugnis, über den Aufenthaltsort, die Erziehung oder die Lebensgestaltung des Unmündigen frei zu bestimmen, steht aufgrund der richterlichen Anordnung allein dem Ehegatten zu, dem das Kind zugeteilt worden ist. Dem nicht obhutberechtigten Mitinhaber ist im Rahmen der richterlichen Regelung das Recht entzogen, über den Aufenthalt, die Pflege und Erziehung des Kindes zu bestimmen (129).

123 S. 230f. mit Hinweisen auf BGE 72 IV 153 und 78 IV 26
124 vgl. Liver, op.cit., S. 118; BGE 88 IV 16; 90 IV 19, 183, 193f.

125 BGE 87 IV 117ff.; 70 IV 71; 94 IV 137; 99 IV 22

126 BGE 90 IV 19

127 BGE 80 IV 70 (wiedergegeben in RS 1954 Nr. 224) bestätigt in BGE 91 IV 137 (vgl. FN. 128)

128 dargestellt in Pra 54 (1965) Nr. 120, S. 359f., JT 113 (1965) IV. S. 143ff. und RS 1966 Nr. 162

129 BGE 91 IV 137

Das Gericht legte fest, dass Art. 220 StGB die Bestrafung des Mitinhabers der elterlichen Gewalt, der die Ausübung der Rechte und Pflichten, die aufgrund eines Urteils einem Elternteil allein zustehen, vereitelt, nicht ausschliesse (129).

Infolgedessen schützt Art. 220 StGB nicht nur die elterliche Gewalt als solche, sondern auch Teilbereiche, die von einem Elternteil exklusive beherrscht werden.

Im Entscheid BGE 91 IV 228ff. (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) (130) bekräftigte das Bundesgericht die in BGE 91 IV 136ff. erfolgte Praxisänderung. "Die Befugnis, über eine unmündige Person, insbesondere über ihren Aufenthaltsort, ihre Erziehung und Lebensgestaltung frei zu verfügen, steht auf Grund der richterlichen Anordnung allein dem Ehegatten zu, dem das Kind zugeteilt worden ist" (131). Der Mitinhaber ist seiner Rechte und Pflichten nur insoweit enthoben, als diese mit der Kinderzuweisung auf den andern Elternteil übergegangen sind. Im übrigen bleibt seine elterliche Gewalt unberührt, und er hat nach wie vor die Pflichten zu erfüllen, von denen er nach dem Sinn und Wortlaut der richterlichen Anordnung nicht befreit worden ist (132).

In BGE 92 IV 2 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) (133) bezeichnete das Gericht als das von Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut einerseits positiv die Ausübung der Rechte und Pflichten, die dem Inhaber der elterlichen Gewalt über den Unmündigen zustehen, andererseits negativ nicht die Freiheit des Unmündigen. "Der Schutz kommt freilich stets auch dem Minderjährigen zugute, da die elterliche Gewalt ihren Sinn und Zweck im Wohle des Kindes hat" (134).

130 aufgeführt in Pra 55 (1966) Nr. 60, S. 216ff., JT 114 (1966) IV, S. 36ff., RS 1966 Nr. 65, Sem. 88 (1966), S. 410 und ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 106ff.; bestätigt in BGE 110 IV 35ff. (i.S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft), wiedergegeben in Pra 73 (1984) Nr. 193, S. 524f.

131 BGE 91 IV 229

132 BGE 91 IV 230

133 wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 94, S. 329ff., JT 114 (1966) IV, S. 84ff. und RS 1966 Nr. 198

134 BGE 92 IV 2

Art. 220 in Verbindung mit Art. 28 StGB bezweckt in erster Linie den Schutz ideeller Werte wie das Interesse der Eltern, in der Ausübung ihrer Befugnisse nicht gestört zu werden (134).

"Inhalt und Umfang der elterlichen Gewalt ergeben sich aus den Art. 275-282 ZGB. Die Gewalt umfasst die Fürsorge für die Person und das Vermögen der Kinder sowie deren Vertretung in persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Sie ausüben, heisst demgemäss, Entscheidungen und Massnahmen im Sinne der angeführten Bestimmungen treffen" (135).

Ausgeklammert von der elterlichen Gewalt hat das Gericht die Befugnis eines Elternteils, aus eigenem Rechte gegen einen Täter Strafantrag zu stellen, da sie offensichtlich nicht zu den in aArt. 275-282 ZGB umschriebenen Rechte gehört (136). Diese Feststellung gilt noch heute, da die ZGB-Revision aus dem Jahre 1976 (137) die elterliche Gewalt inhaltlich nicht erweiterte (138).

Im Entscheid 98 IV 35ff. (i.S. Hélie de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud) (139) nahm das Bundesgericht weitere Differenzierungen vor. Es hielt fest, dass das Besuchsrecht nicht Bestandteil der elterlichen Gewalt sei und daher nicht unter den Schutz von Art. 220 StGB falle: "Il (sc. le droit de visite) ne constitue pas, ou du moins pas nécessairement, un attribut de la puissance paternelle, contrairement à laquelle d'ailleurs il subsiste après le divorce; il n'est dès lors pas protégé comme tel par l'art. 220 CP." (140).

Inhaltlich charakterisierte es die elterliche Gewalt und den Schutzbereich von Art. 220 StGB wie folgt: "Toutefois la puissance paternelle ne représente pas seulement la charge d'élever un enfant, mais encore le pouvoir de décider de son sort, et cela même si le détenteur n'en assure pas la garde (RO 94 II 1). Ce pouvoir donne par définition à son titulaire la faculté de décider de voir son enfant ou et quand il lui plaira et de se prévaloir de l'art. 220 CP, s'il en est empêché." (140).

135 BGE 92 IV 3f.

136 BGE 92 IV 4; vgl. Näheres in § 24 B (Antragslegitimation)

137 BG vom 25.6.1976, in Kraft seit 1.1.1978

138 vgl. § 1 A III

139 dargestellt in Pra 61 (1972) Nr. 153, S. 493ff., JT 121 (1973) IV, S. 29, RS 1972 Nr. 338 und Sem. 94 (1972), S. 481ff.

140 BGE 98 IV 37; vgl. zum Besuchsrecht § 6 C II

Diesen Schutz gewährt Art. 220 StGB aber nur dem Inhaber der elterlichen Gewalt, der sie auch faktisch ausübt (141). Sind die elterlichen Pflichtrechte eines Elternteils suspensiert - in casu infolge der faktischen und örtlichen Trennung von der übrigen Familie -, so steht die Ausübung einzig dem andern zu, auch wenn der in seinen Rechten Suspensierte weiterhin Inhaber der Gewalt bleibt. Er kann sich nicht auf den Schutz des Art. 220 StGB berufen, da er die elterliche Gewalt nicht mehr im Sinne dieses Artikels ausübt (141). Hingegen verliert der nicht obhutberechtigte Inhaber der elterlichen Gewalt nicht das Recht, weiterhin angemessene Beziehungen zu seinen Kindern zu unterhalten (141).

Strafrechtlichen Schutz durch Art. 220 StGB geniesst sein Besuchsrecht hingegen nur, falls es entweder gerichtlich angeordnet wurde und unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB vollstreckt werden kann (142) oder - falls der strafrechtliche Schutz in diesem Fall überhaupt Platz greifen würde - auf einer nicht richterlich genehmigten Konvention beruht, die zumindest vollständig und unmissverständlich den Willen der Eltern kundgibt (143).

In BGE 99 IV 266ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) (144) wurde das durch Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut durch die Konkretisierung der erforderlichen Tathandlung eingeengt (145).

Unter Art. 220 "... fällt nicht jedes Tun oder Unterlassen, das den Inhaber der Gewalt hindert, frei über die Erziehung und die Lebensgestaltung zu bestimmen. Art. 220 StGB greift nur Platz, wenn die unmündige Person dem Gewaltinhaber entzogen oder vorenthalten wird. Gemeint ist damit, dass die unmündige Person von dem Aufenthalts- oder Pflegeort, den der Inhaber der elterlichen Gewalt bestimmt hat, entfernt oder

141 BGE 98 IV 38

142 BGE 98 IV 39

143 BGE 98 IV 40: "...il faudrait au moins exiger que l'accord des parties soit complet et exempt d'équivoque."

144 wiedergegeben in JT 123 (1975) IV, S. 18ff. und RS 1976 Nr. 74

145 vgl. zur Tathandlung § 3

ferngehalten wird oder dem Inhaber der Gewalt der ungehinder-
te Zutritt oder Verkehr unterbunden wird." (146).

"Umgekehrt kann der Täter einen Akt der Erziehung verhindern,
ohne unter diese Strafandrohung (sc. Art. 220 StGB) zu fal-
len. Art. 220 StGB ist trotzdem sinnvoll. Die Bestimmung des
Aufenthalts- und Pflegeortes und der freie Zugang zum Unmün-
digen sind besonders wichtige Voraussetzungen für die Aus-
übung der Gewalt. Andererseits setzt diese Beschränkung dem
Tatbestand die rechtsstaatlich erwünschte Begrenzung." (147).

In BGE 101 IV 303ff. (i.S. B. contre C.) wiederholte das Ge-
richt die zu erfüllenden Voraussetzungen: "Pour que le délit
soit réalisé, ... il faut un acte ou une omission qui em-
pêche le détenteur de la puissance paternelle ou le tuteur de
décider, ainsi que la loi l'y autorise, du sort du mineur,
soit en particulier de son lieu de résidence, de son éduca-
tion, de ses conditions de vie (RO 91 IV 137; 80 IV 70)"
(148).

Mit Bezug auf BGE 99 IV 270 konkretisiert es die erforderli-
che Tathandlung (149).

- 146 BGE 99 IV 269f.; bestätigt in BGE 101 IV 304f. (i.S. B.
contre C.)
- 147 BGE 99 IV 270
- 148 BGE 101 IV 304 dargelegt in JT 124 (1976) IV, S. 157ff., RS
1977 Nr. 280 und Sem. 98 (1976), S. 561ff.
- 149 vgl. FN. 144f.

Das Strafgericht des Kantons Basel-Landschaft setzte sich am 22.2.1965 mit der Problematik des Art. 220 StGB auseinander (150). Der Mitinhaber der elterlichen Gewalt entführte während der Ausübung des Besuchsrechtes die vom Eheschutzrichter der Mutter zur Pflege und Erziehung zugewiesenen Kinder ins Ausland. Das Gericht hatte zu prüfen, welche Rechte der beiden Inhaber der elterlichen Gewalt vom Schutzbereich des Art. 220 StGB erfasst werden.

Es stellte fest, dass der Mutter durch die eheschutzrichterliche Obhutzuweisung (151) noch eine vermehrte Gewalt, eben die sonst dem Mann zustehende Vormachtsstellung (152), zukomme und der Anteil des Mannes entsprechend abgeschwächt, praktisch fast aufgehoben sei (153). Durch die richterliche Verfügung wird dem Mitinhaber der Gewalt in bezug auf die Wahl des Aufenthaltsorts das Mitspracherecht genommen (154). Das Basler Strafgericht entschied somit, dass nicht die gesamte elterliche Gewalt unter den Schutz von Art. 220 StGB fällt, sondern nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Bestandteil des Pflichtrechtes erfasst wird.

Als weiteren Schutzzweck dieser Norm bezeichnete das Gericht nebst der Erhaltung der Familiengewalt im weiteren Sinn (155) die Wahrung der Gerichts- bzw. Behördenautorität (156).

- 150 Urteil wiedergegeben in BJM 1966, S. 34ff.; Der Entscheid wurde vom Obergericht des Kantons Basel-Landschaft am 12.3. 1965 (mit Ausnahme der angeordneten Landesverweisung) und vom Bundesgericht in BGE 91 IV 136ff. (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft) geschützt.
- 151 vgl. zur Obhut § 1 A III 1. und 2. sowie § 6
- 152 Dieser Entscheid stand noch unter dem Regime von aArt. 274 II ZGB; vgl. dazu § 6
- 153 BJM 1966, S. 35
- 154 BJM 1966, S. 37
- 155 Dieser Terminus wird nicht expliziert. Thormann/Overbeck verstehen unter Familiengewalt im weiteren Sinn die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt (N. 1 zu Art. 220).
- 156 BJM 1966, S. 38

Die umfassendste und exakteste Beschreibung des durch Art. 220 StGB geschützten Rechtsgutes nahm das Obergericht des Kantons Zürich im Entscheid vom 7.9.1965 vor (157).

Der Ehemann, Mitinhaber der elterlichen Gewalt, weigerte sich, das der Mutter durch vorsorgliche Massnahme in Obhut gegebene Kind zurückzubringen.

Das Gericht definierte aufgrund der erforderlichen Abgrenzung der Rechte und Pflichten der beiden Inhaber der elterlichen Gewalt den Schutzbereich der in Art. 220 StGB vorgesehenen Strafnorm: Das geschützte Rechtsgut ist nicht die elterliche Gewalt als solche; "verpönt sind mit dieser Bestimmung nicht Angriffe auf die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt schlechthin (wozu auch der Missbrauch des Entscheidungsrechtes in Fragen der Berufsausbildung, der Vertretung, der Hinderung des Züchtigungsrechtes und dergleichen zu zählen wären). Sinn und Tragweite des Art. 220 StGB kann sich mithin nicht aus dem Begriff "Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt" ergeben, sondern ist richtigerweise aus den Tätigkeitswörtern "entziehen" und "vorenthalten" zu erschliessen." (158).

Strafrechtlichen Schutz geniessen demzufolge nur bestimmte, aus der elterlichen Gewalt fliessende Einzelbefugnisse. "Art. 220 StGB schützt das Recht des verantwortlichen Erziehers, Aufenthaltsort und Obhut des Minderjährigen zu bestimmen ..." (158).

Aus der Rechtsnatur der elterlichen Gewalt erwächst dem Kind aus Art. 220 StGB ein indirekter Schutz (158).

Nur vage und zu generell umschrieb das Kantonsgericht des Kantons Schwyz den Zweck von Art. 220 StGB: "...in erster Linie der Schutz der privatrechtlichen Pflichten gegenüber jedermann, auch dem anderen Elternteil." (159).

- 157 ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 104ff. (wiedergegeben in RS 1967 Nr. 172); geschützt in BGE 91 IV 228ff. (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)
- 158 ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 105
- 159 EGV-SZ 1967-1968, S. 41; Entscheid vom 20.6.1967 geschützt durch Bundesgerichtsurteil in BGE 95 IV 67f. (i.S. R. und Kons. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz) (wiedergegeben in Pra 58 (1969) Nr. 89, S. 301f., JT 117 (1969) IV, S. 77ff. und RS 1968 Nr. 198)

Gemäss herrschender Lehre ist das in Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut die elterliche resp. vormundschaftliche Gewalt (160). Die meisten Kommentatoren unterliessen eine Konkretisierung dieses Begriffes und liessen offen, inwieweit der strafrechtliche Schutz Platz greift: ob die elterliche Gewalt als solche oder nur einzelne Teilbereiche unter diese Strafnorm fallen oder aber, ob ein kombinierter Schutz - abgestellt auf den Einzelfall - gewährt wird.

Einzig Schwander (161) konkretisiert den durch Art. 220 StGB vorgesehenen Schutzbereich und beschränkt ihn auf einen Teilbereich der elterlichen Gewalt: "...das Recht des verantwortlichen Erziehers, Aufenthaltsort und Obhut des Minderjährigen zu bestimmen".

In der Darstellung der Kindesraubregelung der Kantone, die sich an das Reichsstrafgesetzbuch § 235 anlehnten, vertritt Wurstemberger (162) ebenfalls die Ansicht, diese kantonalen Straftatbestände schützten einzig die Obhut.

160 vgl. FN. 111

161 N. 664

162 S. 61 zu den Straftatbeständen der Kantone Solothurn, Basel und Schwyz

Aus der Rechtsprechung und Lehre zum von Art. 220 StGB geschützten Rechtsgut lassen sich drei Theorien ableiten.

Einerseits die Theorie, die besagt, dass Art. 220 StGB die elterliche resp. vormundschaftliche Gewalt als solche, umfassend alle ihr inhärenten Rechte und Pflichten, schützt. Solange dem Gewaltsinhaber die Gewalt zusteht, sei es auch nur eine beschränkte (163), genießt er den strafrechtlichen Schutz im Verhältnis zu Dritten und zum Mitinhaber.

Andererseits die Hypothese, dass diese Strafnorm nur einen Teilbereich der elterlichen Gewalt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht, erfasst.

Eine Erweiterung der zweiten Theorie bietet die letzte, gemäss welcher einzig das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers geschützt wird, unabhängig von der Inhaberschaft der restlichen elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt.

- a) 1. Theorie: Schutzobjekt ist die elterliche Gewalt als Summe der Rechte und Pflichten im zivilrechtlichen Sinne (164)

Geschützt wird demzufolge, wer Inhaber der elterlichen Gewalt ist. Stehen sich zwei Mitinhaber gegenüber, kommt jedem, der durch den Partner in seinen Mitwirkungsrechten gehindert wird, Schutz gemäss Art. 220 StGB zu.

Diese Theorie wird gestützt durch die globale Beschreibung des zu schützenden Rechtsgutes in der Lehre (165) und durch vereinzelte Urteile (166), in denen die einzelnen enumerierten Komponenten der Gewalt als schützenswert erklärt werden und die das Bild eines umfassenden Schutzes vermitteln. Massiv gestärkt wird diese Theorie durch ein waadtländisches Urteil aus dem Jahre 1970 (167), das die obhutberechtigte Mutter, die durch Wegzug ins Ausland den Vater, Mitinhaber der elterlichen Gewalt, an der Ausübung seiner verbleibenden Pflichtrechte hinderte, gemäss Art. 220 StGB verurteilte.

163 vgl. zur Beschränkung der elterlichen Gewalt § 1 A I 4. und § 6; einschneidendste Massnahme ist der Entzug der Obhut durch die Vormundschaftsbehörde oder den Richter, vgl. dazu § 6 A, C und D

164 vgl. zur elterlichen Gewalt § 1 A

165 vgl. § 1 A IV 1. und 2.c)

166 BGE 80 IV 70; 92 IV 2ff.; EGV-SZ 1967-1968, S. 41

167 Vaud, Tr. pol. Aigle 18.9.1970, aufgeführt in RS 1971 Nr. 157

Das Bundesgericht hingegen beurteilt diese Fallkonstruktion - der "Täter" als Obhutinhaber (168) - konträr. In seinen Entscheidungen, in denen die Rechte des obhutberechtigten Gewaltinhabers in Relation zu denjenigen des nicht obhutberechtigten Mitinhabers gestellt werden mussten, favorisierte es die Rechtsstellung des aufgrund eines Richterspruches Obhutberechtigten (169). Im Entscheid BGE 98 IV 35ff. nahm es diese Privilegierung sogar zugunsten eines Inhabers der elterlichen Gewalt vor, der die Obhut nur faktisch, in Ermangelung eines richterlichen Urteils, ausübte.

Obwohl einige Urteile auf einen umfassenden strafrechtlichen Schutz der elterlichen Gewalt hinweisen, erfolgte eine nachträgliche Beschränkung des Rechtsgutes: Einerseits durch die Modifikation durch die erforderliche Tathandlung (170), andererseits durch die infolge der Aufteilung der Gewaltrechte auf verschiedene Träger notwendig gewordene Prioritätensetzung, die zur Erweiterung des Täterkreises führte (171).

- 168 Gemeint ist der Mitinhaber der Gewalt, dem die Obhut vom Richter zugewiesen wurde, und der nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung freizusprechen ist.
Näheres zum Täterkreis im 2. Kapitel
- 169 BGE 91 IV 136ff.; 91 IV 228ff.; 110 IV 35ff.
- 170 BGE 99 IV 266ff.; 101 IV 303ff.; vgl. zur Tathandlung § 3
- 171 vgl. zum Täterkreis das 2. Kapitel

- 34 b) 2. Theorie: Schutzobjekt ist nur ein Teilbereich der elterlichen Gewalt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Gewaltinhabers

Gemäss dieser Theorie wird nur der Inhaber der elterlichen Gewalt, dem auch das Aufenthaltsbestimmungsrecht (172) zusteht, strafrechtlich geschützt. Der nicht obhutberechtigte Mitinhaber verliert den durch Art. 220 StGB gewährten Schutz. Dieser Theorie folgt *expressis verbis* ein Zürcher Obergerichtsentscheid (173), der sich auf die Meinung Schwanders beruft (174): geschützt ist das Recht des verantwortlichen Erziehers, Aufenthaltsort und Obhut des Minderjährigen zu bestimmen.

Andere Urteile können als Stütze dieser Theorie zugezogen werden. Sie gehen zwar vom Schutz der gesamten elterlichen Gewalt aus, reduzieren ihn aber infolge der Modifikation durch die geforderte Tathandlung und der Abgrenzung der Rechte mehrerer Mitinhaber auf die des Obhutinhabers (175). "Nur soweit die Ausübung der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gerade durch Entfernung von der bestimmten Aufenthalts- und Pflegestelle oder durch die Unterbindung des freien Zuganges behindert wird, fällt die Tat unter Art. 220 StGB." (176). Das Aufenthaltsbestimmungsrecht, in dieses ich auch das Recht auf freien Zugang zum Unmündigen integriere, ist das markante Recht des Obhutinhabers (172).

Es stellt sich nun die Frage, ob das uneingeschränkte Substrat das Rechtsgut bilde, oder ob die durch Rechtsprechung und Lehre gezogenen Grenzen den Inhalt des Rechtsgutes soweit prägen, dass nur das diminuierte Gebilde als Rechtsgut betrachtet werden darf. Meines Erachtens muss der schwerwiegenden Modifikation der Vorrang eingeräumt werden: Als Rechtsgut von Art. 220 StGB hat das Aufenthaltsbestimmungsrecht,

172 In der Regel steht es dem Obhutinhaber zu; vgl. zur Obhut § 1 A III 1. und 2. sowie § 6; In dieser Arbeit wird der Terminus Obhut verwendet für das Aufenthaltsbestimmungsrecht, welches die Befugnis zur unmittelbaren Pflege und Erziehung des Kindes miteinschliesst.

173 ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 105; in diesem Sinne auch das Urteil des Strafgerichtes des Kantons Basel-Landschaft, in: BJM 1966, S. 34ff.

174 N. 664

175 BGE 91 IV 136ff.; 91 IV 228ff.; 98 IV 35ff.; 99 IV 266ff.; 101 IV 303ff.; 110 IV 35ff.

176 BGE 99 IV 270

als Kern und Voraussetzung der elterlichen Gewalt, zu gelten (177).

Als weiteres Argument dafür, dass einzig der Obhutinhaber durch Art. 220 StGB Schutz erfährt, kann die Bundesgerichtspraxis zum Täterkreis (178) angeführt werden. Würde nur die kompakte elterliche Gewalt strafrechtlich gesichert, könnte sich der Mitinhaber des elterlichen Pflichtrechtes nie nach Art. 220 StGB strafbar machen. Die Ausdehnung des Täterkreises, insbesondere auf den Mitinhaber ohne Obhut, setzt die Beschränkung des strafrechtlichen Schutzes auf das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind voraus.

Zudem könnte das Delikt nicht mehr begangen werden, sobald die der elterlichen Gewalt inhärenten Rechte und Pflichten verschiedenen Trägern zugewiesen worden sind: das betroffene entzogene oder vorenthaltene Kind verliert den ihm mittelbar aus Art. 220 StGB zukommenden strafrechtlichen Schutz. Diese Konsequenz lässt sich keineswegs mit der ratio legis dieses Straftatbestandes vereinbaren.

Dieser zweiten Theorie widerspricht einzig die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zur Gewährleistung des Besuchsrechtes des nicht obhutberechtigten Mitinhabers der elterlichen Gewalt (179).

In casu war die Weigerung der Mutter, die sich in ihrer Obhut befindenden Kinder dem Vater als Mitinhaber der elterlichen Gewalt zur Ausübung seines Besuchsrechtes zu überlassen, zu beurteilen. Das Gericht bejahte den strafrechtlichen Schutz des Besuchsrechtes des nicht obhutberechtigten Gewaltinhabers durch Art. 220 StGB, sofern es vom Richter angeordnet worden ist und unter der Strafandrohung von Art. 292 StGB vollstreckt werden kann (180).

- 177 Gl.M. Hegnauer Cyril, Zur Erfüllung der Unterhaltsbeitragspflicht geschiedener Eltern (Art. 289 Abs. 1 ZGB), in: ZVW 35 (1980), S. 101f.: Seines Erachtens dient Art. 220 StGB der Durchsetzung der gesetzlichen oder behördlichen Regelung der Obhut.
- 178 vgl. zur Täterschaft zu Art. 220 StGB das 2. Kapitel
- 179 BGE 98 IV 35ff. (i.S. Hélie de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud)
- 180 BGE 98 IV 39f.

Somit wäre von Art. 220 StGB nicht nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers, sondern auch das dem Mitinhaber eingeräumte Besuchsrecht geschützt.

Betrachtet man aber das Besuchsrecht des nicht obhutberechtigten Mitinhabers der elterlichen Gewalt als modifiziertes Aufenthaltsbestimmungsrecht, das im richterlich abgesteckten Rahmen dasjenige des Obhutinhabers dominiert, kann die zweite Theorie aufrechterhalten werden: Art. 220 StGB schützt das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Gewaltinhabers.

Zur gleichen Schlussfolgerung gelangt man, wenn man das Besuchsrecht des nicht obhutberechtigten Mitinhabers als modifiziertes Recht auf Zugang zum Kind als Ausfluss seiner noch bestehenden, aber beschränkten Gewalt betrachtet. Einzig in dieser Konstellation darf das Besuchsrecht als Ausfluss der Gewalt betrachtet werden, denn grundsätzlich bildet es nicht Bestandteil der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt (181), sondern resultiert aus dem gesetzlichen oder faktischen Kindesverhältnis nach Massgabe der Art. 273ff. ZGB. Auch wenn der Bestand der zweiten Theorie trotz diesem bundesgerichtlichen Urteil durch die extensive Auslegung gesichert werden kann, betrachte ich den vom Bundesgericht (182) eingeschlagenen Weg als problematisch. Er führt zur Diskriminierung des besuchsberechtigten Ex-Inhabers der Gewalt, dem sie entzogen oder aberkannt worden ist, da ihm trotz ähnlicher Interessenlage Art. 220 StGB keinen Schutz bietet (183).

- c) 3. Theorie: Schutzobjekt ist nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers, unabhängig von der Inhaberschaft der restlichen elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt

Gemäss der zweiten Theorie schützt Art. 220 StGB das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Gewaltinhabers. Es bleibt abzuklären, ob die Obhut ohne Restgewalt ebenfalls durch diesen Straftatbestand Schutz erfährt.

181 wie das Bundesgericht im gleichen Entscheid selber festhält (BGE 98 IV 37); vgl. zum Besuchsrecht § 6 C II

182 BGE 98 IV 35ff.

183 vgl. Näheres beim Besuchsrecht § 6 C II

Im Vordergrund steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht der nach Massgabe von Art. 310 ZGB obhutberechtigten Vormundschaftsbehörde (184) und das der gemäss Jugendstrafrecht (185) urteilenden und vollziehenden Behörden. Die urteilende Behörde (186) bestimmt durch die Anordnung oder Abänderung von Erziehungsmassnahmen (187), einer besonderen Behandlung oder Strafen den Aufenthaltsort des delinquenten Kindes (188), Jugendlichen (189) oder unmündigen jungen Erwachsenen (190). Analoge Kompetenzen stehen der vollziehenden Behörde (191) und der Untersuchungsbehörde (192) zu.

Die Obhut des Gewaltinhabers wird ausserdem aufgehoben durch die Inhaftierung des Unmündigen (193).

Die Gerichte stellten ihre Grundsätze zum Rechtsgut vornehmlich bei der Beurteilung der Rechte mehrerer Mitinhaber der Gewalt auf. Spärlich sind die Urteile, in denen die Rechte der Eltern, als Inhaber der beschränkten Gewalt, gegen diejenigen des Obhutinhabers ohne Restgewalt abgewogen werden mussten, reichlich sind dagegen die bestehenden Unsicherheiten.

- 184 vgl. § 1 A III 2.c)cc) und § 1 B III
- 185 gemäss Art. 83-87, 90-97 und 100-100ter StGB; vgl. näheres bei Rehberg Jörg, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, Jugendstrafrecht, 4. A., Zürich 1984, S. 89-113; id., Das revidierte Jugendstrafrecht, in: ZöF 71 (1974), S. 97-108
- 186 Gemäss Art. 84, 85, 86, 87, 91, 92, 93, 93ter (vgl. BGE 105 IV 96), 95 Ziff. 1-3, 96 und 97 StGB; im Kanton Zürich ist als urteilende Behörde das Bezirksgericht - bei bestehender Aufgliederung eine seiner Abteilungen - als Jugendgericht eingesetzt (§ 34f. GVG, § 385 in Verbindung mit § 384 StPO und § 42 StVG).
- 187 insbesondere die Unterbringung in einer Fremdfamilie oder Heimeinweisung
- 188 Art. 82 StGB
- 189 Art. 89 StGB
- 190 Art. 100 StGB
- 191 Aufgrund der Art. 86bis II und III, 93bis II mit Verweis auf 100bis, 93ter, 94, 94bis und 95 Ziff. 4 und 5 I StGB; die Wahl der behandelnden Institution nach der Anordnung einer besonderen Behandlungsmassnahme aufgrund Art. 85 und 92 StGB obliegt ebenfalls der vollziehenden Behörde. Im Kanton Zürich amtet die Jugendanwaltschaft als vollziehende Behörde (§ 41 StVG).
- 192 Gemäss Art. 83 und 90 StGB; Im Kanton Zürich ist die Jugendanwaltschaft zuständig (§ 92 GVG, § 374ff. StPO und Art. 1 der Einführungs-, Uebergangs- und Schlussbestimmungen des StVG).
- 193 ebenso Hegnauer, Grundriss, S. 142

In BGE 99 IV 266ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) (194) hielt das Gericht fest, dass während des Vollzuges einer jugendstrafrechtlichen Massnahme gemäss Art. 91 I StGB oder während der Untersuchungshaft eines Unmündigen die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt weitgehend ruhe (195). Somit entfällt das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Inhaber der Gewalt. Die Vollzugsbehörden üben die von der Strafjustiz abgeleitete Gewalt solange aus, bis sie rechtlich oder rein tatsächlich so abgeschwächt ist, dass die Anstaltsorgane nicht mehr über den Unmündigen verfügen können oder wollen; sodann lebt die Gewalt der Eltern oder des Vormundes wieder auf. Diese vollzugsbehördliche Gewalt ist aber keine elterliche oder vormundschaftliche Gewalt, wie sie Art. 220 StGB voraussetzt (196).

Dieser Entscheid schafft eine Vakanz des strafrechtlichen Schutzes, falls der Unmündige der Gewalt der Vollzugsorgane entzogen wird, denn weder ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht (197) noch das ruhende - m.E. das beseitigte (198) - der Eltern oder der Vormundschaftsbehörde wird von Art. 220 StGB erfasst. Das Urteil legt fest, dass diese Strafnorm nur das mit der restlichen elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt kombinierte Aufenthaltsbestimmungsrecht schützt. Der Obhutberechtigte ohne Gewalt bleibt ungesichert.

194 wiedergegeben in JT 123 (1975) IV, S. 18ff. und RS 1976 Nr. 74

195 BGE 99 IV 270

196 BGE 99 IV 270f.

197 M.E. steht das Aufenthaltsbestimmungsrecht der urteilenden Behörde (Art. 91 I StGB) zu. Die Anstaltsorgane üben es nur im Rahmen der delegierten Kompetenzen und der Anstaltsordnung aus. Es müsste daher der Schutz der Rechtsstellung der urteilenden Behörde überprüft werden. Diese Feststellung verändert hingegen nichts an der zu behandelnden Problematik.

198 ebenso Hegnauer, Grundriss, S. 142; a.M. Böhlen Marie, Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht, Bern 1975, N. 16 zu Art. 84 StGB

Dieselbe Ansicht vertrat die Straf- und Anklagekammer des bernischen Obergerichts (199) im Jahre 1945, indem sie festhielt, dass unter vormundschaftlicher Gewalt im Sinne des Art. 220 StGB lediglich die an Stelle der elterlichen Gewalt getretene Gewalt des Vormundes zu verstehen sei, nicht aber auch die durch aArt. 283 und 284 ZGB (200) der Vormundschaftsbehörde eingeräumte Befugnis, bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern die zum Schutze des Kindes geeigneten Massnahmen zu treffen. Zuzustimmen ist dieser Meinung insofern, als die aus aArt. 283 und 284 III ZGB (201) fliessenden allgemeinen Kompetenzen keinen strafrechtlichen Schutz erfahren, denn Art. 220 StGB pönalisiert einzig die Verletzung des Aufenthaltsbestimmungsrechts (202). Nicht beizupflichten ist der Annahme, dass nur die Gewalt des Vormundes geschützt sei. Der Terminus "vormundschaftliche Gewalt" wurde im Vorentwurf 1896 in Art. 130 eingefügt, um auch die Gewalt der vormundschaftlichen Behörden strafrechtlich zu sichern (203).

Die gegenteilige Schlussfolgerung könnte aus BGE 108 IV 22ff. (i.S. H. contre Ministère public du canton de Vaud) (204) gezogen werden, obwohl - oder gerade weil? - er unklar formuliert ist und der Systematik ermangelt. Das kantonale Gericht sprach den nicht obhutberechtigten Inhaber der elterlichen Gewalt, der die im Heim untergebrachten Kinder nicht mehr dorthin zurückschicken wollte, mangels gültigen Strafantrages des Jugendschutzdienstes, dem die Vormundschaftsbehörde die Obhut übertragen hatte, frei.

Das Bundesgericht hielt fest, dass den Eltern zwar das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemäss Art. 310 ZGB entzogen worden sei, ihnen aber die restlichen aus der elterlichen Gewalt fliessenden Befugnisse weiterhin zuständen. Es bestehe aber kein Grund, auf die ziemlich alte Rechtsprechung zurückzu-

- 199 StrK 5. Juli 1945 i.S. Allenbach Emma, in ZBJV 82 (1946), S. 308f. und RS 1946 Nr. 201
- 200 entsprechend den jetzigen Art. 307, 310 I und II und 293 I ZGB
- 201 entsprechend den heutigen Art. 307 I und 293 I ZGB
- 202 vgl. die Ausführungen unter § 1 A IV 3.b)
- 203 vgl. § 1 B II
- 204 dargestellt in Pra 71 (1982) Nr. 223, S. 567ff.

kommen, gemäss welcher einzig die Eltern zur Strafklage gestützt auf Art. 220 StGB legitimiert sind (mit Verweis auf BGE 99 IV 270) (205). Aus dieser Formulierung kann geschlossen werden, dass das Gericht auch den Obhutberechtigten ohne Restgewalt (206) unter den Schutz von Art. 220 StGB stellt und damit den nicht widerlegten Ausführungen der Vorinstanz folgt, die einzig dem Obhutinhaber den Schutz von Art. 220 StGB zukommen lassen will (207). Die Verurteilung des Gewaltinhabers wurde nur mangels gültigen Antrages kassiert. Die Ungültigkeit wurde nicht näher begründet, ist aber darauf zurückzuführen, dass die Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin ihre Rechte nicht an eine vom kantonalen Recht bezeichnete Stelle delegieren darf. Delegationsfähig ist nur die Ausübung der Obhut (208).

Nebst BGE 99 IV 266ff. sprechen vordergründig die grammatikalische und systematische Auslegung von Art. 220 StGB gegen den Schutz des Obhutinhabers ohne Restgewalt. Dazu ist zu bemerken: Art. 220 StGB bedroht denjenigen mit Strafe, der eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder vorenthält. Die Vormundschaftsbehörde (209) und die das Jugendstrafrecht anwendenden oder vollziehenden Behörden (210) sind nicht die klassischen Gewaltinhaber. Ihnen steht aber ein Bestandteil der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt, das Aufenthaltsbestimmungsrecht, exklusive zu; sie sind in diesem Umfang Träger der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt.

Systematisch ist das Vorenthalten und Entziehen von Unmündigen den Verbrechen oder Vergehen gegen die Familie zugeordnet. Die erwähnten Behörden sind zwar keine Familienmitglieder,

205 BGE 108 IV 25: "Dans ces conditions, conformément à une jurisprudence relativement ancienne, sur laquelle il n'y a aucune raison de revenir, seuls les parents sont habilités à déposer plainte en se fondant sur l'art. 220 CP (cf. ATF 99 IV 270)".

206 in casu die Vormundschaftsbehörde als Obhutberechtigte gemäss Art. 310 ZGB

207 BGE 108 IV 24f.; gegenteilig interpretiert wird dieser Entscheid in ZöF 79 (1982), S. 189.

208 gl.M. Hegnauer, Grundriss, S. 156; vgl. auch § 1 B II und § 24 B II

209 nach Massgabe von Art. 310 ZGB

210 vgl. FN. 186 und 191f.

nichtsdestominder bewirkt der Schutz des behördlichen Aufenthaltsbestimmungsrechts indirekt jenen der Familie; erinnert sei an die Motive für den Erlass von Kindesschutzmassnahmen (211) und den Resozialisierungsgedanken im Jugendstrafrecht. Das öStGB, das in § 196 die behördlich angeordneten Erziehungsmassnahmen, bsp. die Erziehungshilfe durch Unterbringung in einem Kinderhort oder bei einer Familie und die Fürsorgeerziehung durch Heimeinweisung strafrechtlich schützt, hat das Delikt den strafbaren Handlungen gegen Ehe und Familie unterstellt.

Infolgedessen sprechen weder die grammatikalische noch die systematische Auslegung gegen den Schutz des Obhutinhabers. Weitere Argumente sprechen für den strafrechtlichen Schutz des Obhutinhabers ohne Restgewalt durch Art. 220 StGB: Das gemäss bundesgerichtlichen Erwägungen (212) entstandene strafrechtliche Vakuum widerspricht der ratio legis dieses Tatbestandes, der dem unmündigen Kind mittelbaren Schutz zukommen lassen will: weder der Gewaltinhaber ohne Obhut noch der Obhutinhaber ohne Gewalt geniessen während einer gewissen, schwierig zu bestimmenden Zeitdauer (213) den strafrechtlichen Schutz von Art. 220 StGB. Auch wenn man der Auffassung des Bundesgerichtes folgt, die elterliche Gewalt ruhe während des Vollzugs jugendstrafrechtlicher Massnahmen nur (214), ohne dass das Aufenthaltsbestimmungsrecht rechtlich beseitigt wird, kann Art. 220 StGB nicht Platz greifen, denn dieser entfaltet nur Wirkungen zugunsten desjenigen Gewaltinhabers, der seine Befugnisse auch faktisch ausübt (215). Somit entfällt der von dieser Strafnorm mittelbar gewährte Schutz des Kindes, das aufgrund einer behördlichen oder richterlichen Anordnung einer Person oder Institution zur Ausübung der unmittelbaren Pflege und Erziehung zugewiesen worden ist. Der Täter bleibt während unbestimmter Zeit straflos, ohne dass die Möglichkeit bestünde, sein Verhalten unter Art. 305 I StGB subsumieren zu können (216).

211 vgl. insbesondere Art. 310 II ZGB

212 BGE 99 IV 266ff.

213 vgl. BGE 99 IV 271, der eine Rechtsunsicherheit und Konkretisierungsprobleme über eine gewisse Zeit hinweg schafft.

214 BGE 99 IV 270

215 BGE 98 IV 38f. (i.S. Hélié de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud)

216 vgl. dazu § 31 A

Des weiteren setzt sich die erwähnte Bundesgerichtspraxis in Widerspruch zu dem auf Art. 301 III ZGB basierenden zivilrechtlichen Herausgabeanspruch. Dieser steht lediglich dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind zu (217). Die Behörde als Obhutinhaberin ist als einzige berechtigt, das Kind herauszuverlangen. Ihr Pflichtrecht soll aber keinen strafrechtlichen Schutz finden (218)?

Das allenfalls gegen meine These vorgebrachte Argument, eine Behörde sei als Rechtsgutträgerin aus praktischen Gründen ungeeignet, ist widerlegbar. Heute schon geniesst die Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin mit zusätzlicher vormundschaftlicher Gewalt (219) den strafrechtlichen Schutz von Art. 220 StGB, ohne dass geltend gemacht worden ist, eine solche Regelung sei unpraktikabel (220).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 220 StGB nur das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Bestandteil der Obhut schützt, unabhängig von der Inhaberschaft der restlichen aus der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt fliessenden Befugnisse. Das Besuchsrecht des Mitinhabers der elterlichen Gewalt wird gemäss Rechtsprechung durch die heutige Fassung dieser Strafnorm geschützt, nicht hingegen dasjenige des Elternteils ohne elterliche Gewalt. Abhilfe könnte hier nur eine gesetzgeberische Erweiterung des Rechtsgutes durch die Aufnahme des Besuchsrechts in einen revidierten Tatbestand schaffen.

Der Strafgesetzgeber verwendet somit in Art. 220 StGB den zivilrechtlichen Begriff der elterlichen Gewalt restriktiv, indem er ihn auf einen Teilbereich, das Aufenthaltsbestimmungsrecht, reduziert. Sinn und Zweck des Strafrechts erfordern die einengende Konkretisierung des Schutzobjektes und setzen dem Tatbestand die rechtsstaatlich erforderliche Grenze.

Eine Abweichung des Strafrechts vom zivilrechtlichen Terminus gefährdet die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit nur dort, wo durch neue strafrechtliche Begriffsbildung oder extensive Gesetzesauslegung "neue" Straftatbestände geschaffen werden, um möglichst jedes kriminelle Handeln erfassen zu können (221).

217 vgl. dazu Näheres bei: Kühnle, S. 33ff. und 51ff.; Hegnauer, N. 79ff. zu aArt 273; Münder Johannes, Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes, in: NJW 86, S. 811ff.

218 Hegnauer, Grundriss, S. 156, bejaht ebenfalls den strafrechtlichen Schutz der Vormundschaftsbehörde, die gestützt auf Art. 310 ZGB den Aufenthaltsort des Kindes bestimmt.

219 vgl. § 1 B II und III

220 vgl. § 24 B II

221 vgl. zu dieser Problematik auch Liver Peter, op.cit. (FN. 120), S. 113ff., 132f.

I. Rechtsnatur

Die Vormundschaft über Unmündige bildet das obligatorische Surrogat der elterlichen Gewalt (Art. 368 I ZGB). Wo die elterliche Gewalt besteht, bleibt kein Platz für eine Vormundschaft (222), die immer subsidiären Charakter aufweist. Die vormundschaftliche Gewalt als zweckgebundenes Pflichtrecht (223) soll dem unmündigen Kind bis zu seiner Mündigkeit die nötige Fürsorge für seine Person und sein Vermögen gewährleisten.

II. Inhalt und Träger

Inhaltlich entspricht die vormundschaftliche Gewalt grundsätzlich der elterlichen Gewalt (224). Der Vormund (225) hat die gesamten persönlichen und vermögensrechtlichen Interessen des unmündigen Kindes zu wahren und ist dessen Vertreter (Art. 367 I ZGB). Hingegen sind die Befugnisse, die aus der vormundschaftlichen Gewalt fliessen, auf verschiedene Kompetenzträger verteilt. Der Vormund ist nicht alleiniger Inhaber; auch die vormundschaftlichen Behörden nehmen Anteil an der vormundschaftlichen Gewalt (Art. 386, 405 II in Verbindung mit Art. 420ff. und

- 222 Anwendungsfälle: Die Eltern sind gestorben oder als verschollen erklärt; die Gewalt wurde beiden entzogen (Art. 311f. ZGB oder Art. 53 StGB); beide haben sie nie erlangt (Art. 296 II oder 298 II ZGB) oder ipso iure verloren (Art. 298 II ZGB); Näheres bei Schnyder/Murer, N. 30ff. zu Art. 368; identischer Ausdruck: Altersvormundschaft, vgl. Riemer, N. 2 zu § 4; vgl. zum Bevormundungsverfahren Riemer, N. 58ff. zu § 4; Tuor/Schnyder, S. 367ff.
- 223 analog der elterlichen Gewalt (vgl. § 1 A I)
- 224 zum Inhalt der elterlichen Gewalt vgl. § 1 A III
- 225 Der Vormund ist entweder Privat- oder Amtsvormund. Die Rechtsstellung des Amtsvormundes, eine Einrichtung des kt. öffentlichen Rechts, im Verhältnis zum Mündel entspricht derjenigen des Privatvormundes; vgl. Näheres bei Schnyder/Murer, N. 49ff. zu Art. 360 vgl. zur Bestellung des Vormundes Riemer, N. 129ff. zu § 4; Tuor/Schnyder, S. 369ff.; Schnyder/Murer, N. 1ff. zu Art. 379-391

378 III ZGB) (226). Denkbar wäre auch die Auffassung, dass die vormundschaftliche Gewalt nur die Befugnisse, die dem Vormund zustehen - die a priori beschränkte Gewalt - umfasst. Dementsprechend reduziert wäre der strafrechtliche Schutz gemäss Art. 220 StGB.

Dieser Gedankenansatz widerspricht dem Charakter der vormundschaftlichen Gewalt als notwendigem Ersatz der elterlichen Gewalt und wird durch die Materialien widerlegt. Ursprünglich sahen die Vorentwürfe zu einem StGB nur den Schutz der Gewalt des Vormundes vor (227). Der Terminus "vormundschaftliche Gewalt" wurde erst im Vorentwurf 1896 in Art. 130 eingefügt und seither beibehalten (228), um auch die Gewalt der vormundschaftlichen Behörden zu schützen.

1. Erziehung und Ausbildung

Ist der Bevormundete unmündig, so hat der Vormund die Pflicht, für dessen Unterhalt und Erziehung das Angemessene anzuordnen (Art. 405 I ZGB). "Gute Eltern nachzuahmen soll die oberste Richtschnur für den Vormund sein" (229). Es steht ihm frei, das Kind in seine Hausgemeinschaft (230) aufzunehmen oder ihm einen privaten adäquaten Pflegeplatz zu suchen.

Um die Fürsorgepflicht, die Sorge für das geistige und körperliche Wohl des Kindes, zu erfüllen, stehen dem Vormund die gleichen Rechte wie den Eltern zu, unter Vorbehalt der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 405 II ZGB). Diese Gewalt

226 Vgl. zu den vormundschaftlichen Behörden Schnyder/Murer, N. 1ff. zu Art. 361; im Kanton Zürich wurden als Vormundschaftsbehörde der Gemeinderat oder besondere Kommissionen auf Gemeindeebene, als erste Aufsichtsbehörde der Bezirksrat und als zweite Aufsichtsbehörde die Justizdirektion des Regierungsrates eingesetzt (§ 73ff. EG zum ZGB). Vgl. zur zusätzlichen Beschränkung des Vormundes durch die Vormundschaftsbehörde am Aufenthaltsort des Kindes Gianola, S. 116.

227 VE 1894 Art. 98

228 VE 1903 Art. 115; VE 1903 Art. 115; VE 1908 Art. 142; VE 1913 Art. 142; VE 1916 Art. 190; bundesrätlicher Entwurf 1918 Art. 186 (BB1 1918 IV 163); Art. 220 StGB; vgl. auch Wurstemberger, S. 116ff.; sowie FN. 203, 252 und § 24 B II 1.

229 Kaufmann, zitiert bei Tuor/Schnyder, S. 390

230 vgl. die von Völkle, S. 15, vorgebrachten Bedenken

tentrennung zum Schutze des Kindes drängt sich auf, da die Vormundschaft im Gegensatz zur elterlichen Gewalt ein künstlich aufgebautes Rechtsgebilde ist (231).

Die Vormundschaftsbehörde entscheidet auf Antrag des Vormundes über die Unterbringung des Kindes in einer Anstalt. Nur wenn Gefahr im Verzuge liegt, bestimmt der Vormund in eigener Kompetenz darüber (Art. 405a I ZGB). Zustimmung muss die Vormundschaftsbehörde auch zu Verträgen über die berufliche Ausbildung des Bevormundeten (Art. 421 Ziff. 12 ZGB).

Die periodische Berichterstattungspflicht des Vormundes zuhanden der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 423 I ZGB erstreckt sich auch auf den Bereich der persönlichen Fürsorge (232).

2. Religiöse Erziehung

Wenn über die religiöse Erziehung eines bevormundeten Unmündigen eine Verfügung zu treffen ist, so hat die Behörde des Wohnsitzes die Weisung der heimatlichen Vormundschaftsbehörde einzuholen und zu befolgen (Art. 378 III ZGB). Gemäss Entscheid der Justizdirektion des Kantons Zürich (233) hat der Vormund im religiösen Bereich einzig die Pflicht, für konstante Verhältnisse zu sorgen. Anderer Meinung sind Schnyder/Murer (234), die dem Vormund erhebliche Kompetenzen zusprechen und die Verfassungsmässigkeit von Art. 378 III ZGB in Frage stellen (235). Danebst entscheiden die vormundschaftlichen Behörden (236), die Eltern (237) und das Mündel selbst (238) über die religiöse Erziehung.

231 vgl. dazu auch Jorio, S. 73

232 Riemer, N. 149 zu § 4

233 vom 13.12.1978, wiedergegeben in: ZVW 35 (1980) Nr. 6, S. 70ff.

234 N. 37ff. und 60ff. zu Art. 378

235 Art. 49 III BV spricht vom Inhaber der vormundschaftlichen Gewalt, unter dem in erster Linie der Vormund und nicht die Heimatbehörde zu verstehen ist (N. 41 zu Art. 378).

236 durch die Wahl und Beaufsichtigung des Vormundes und im Rahmen von Art. 423 II ZGB; Näheres bei Schnyder/Murer, N. 42, 69, 78 und 83ff. zu Art. 378

237 Die gemäss Art. 303 ZGB bereits getroffenen Entscheide der Eltern sind zu berücksichtigen; auch diejenigen von Eltern, die die elterliche Gewalt von vornherein nicht besitzen, sind anzuerkennen. Streitig ist, ob den urteilsfähigen Eltern nach der Entziehung der Gewalt weiterhin die Bestimmung der Religion zu überlassen sei (Schnyder/Murer, N. 43f., 62 und 64ff. zu Art. 378).

238 Schnyder/Murer werten den gegen den Willen des nicht religionsmündigen Kindes angeordneten Konfessionswechsel als Verletzung des Persönlichkeitsrechtes (N. 46f. zu Art. 378).

Grundsätzlich bestimmt der Vormund über den Aufenthalt des Unmündigen (239). Ist jedoch eine Einweisung in eine Erziehungs-, Versorgungs- oder Heilanstalt notwendig, entscheidet die Vormundschaftsbehörde auf Antrag des Vormundes. dessen Kompetenz immerhin bei drohender Gefahr vorbehalten wird (Art. 405a I ZGB).

Der unselbständige Wohnsitz des Bevormundeten am Sitz der Vormundschaftsbehörde (Art. 25 I ZGB) darf nur mit ihrer Zustimmung verlegt werden (Art. 421 Ziff. 14 ZGB).

4. Gesetzliche Vertretung

Der Vormund vertritt das handlungsunfähige Mündel in allen rechtlichen Angelegenheiten, unter Vorbehalt der Mitwirkung der vormundschaftlichen Behörden (Art. 407 und 367 I ZGB). Der Vormund als gesetzlicher Vertreter hat das urteilsfähige und wenigstens 16 Jahre alte Kind bei wichtigen Angelegenheiten, soweit tunlich, vor der Entscheidung zu seiner Ansicht zu befragen (Art. 409 I ZGB).

Die Rechtsstellung des unmündigen Bevormundeten entspricht in etwa derjenigen des Kindes unter elterlichen Gewalt (Art. 305 ZGB) (240). Sie ist hinsichtlich der Anstaltseinweisung privilegiert, da dem Mündel, das das 16. Altersjahr zurückgelegt hat, gemäss Art. 405a III ZGB (241) das Recht zusteht, selber eine gerichtliche Beurteilung zu verlangen. Zusätzlich ist der urteilsfähige Unmündige um seiner Persönlichkeit willen (Art. 19 II ZGB) legitimiert, Beschwerde sowohl gegen Beschlüsse des Vormundes als auch der Vormundschaftsbehörde (242) zu führen (Art. 420 ZGB).

Für alle wichtigen Geschäfte fordert Art. 421 ZGB die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde und für besonders wichtige Rechtshandlungen ist zusätzlich die Zustimmung der Aufsichtsbehörde notwendig (Art. 422 ZGB) (243).

239 Er darf das Kind sogar einem Elternteil, dem die elterliche Gewalt im Scheidungsurteil aberkannt wurde, zur Pflege und Erziehung auf Zusehen hin überlassen (BGE 112 II 16ff.).

240 Riemer, N. 109, 113f. zu § 4

241 BG vom 6.10.1978; in Kraft seit 1.1.1981; vgl. Näheres bei Tuor/Schnyder, S. 387; Riemer, N. 10 und 12 zu § 8; vgl. auch BGE 112 II 104ff.

242 Sieht das kantonale Recht zwei Aufsichtsinstanzen vor, ist zusätzlich der Entscheid der ersten Behörde bei der zweiten anfechtbar.

243 Näheres bei Riemer, N. 151ff. zu § 4; Tuor/Schnyder, S. 396ff.

Ist ein Geschäft ohne die vom Gesetze verlangte Zustimmung der zuständigen vormundschaftlichen Behörde für den Bevormundeten abgeschlossen worden, so hat es für ihn nur die Wirkung eines ohne Zustimmung seines Vertreters von ihm selbst abgeschlossenen Geschäftes (Art. 424 mit Verweis auf Art. 410 II und 411 ZGB).

5. Vermögensverwaltung

Der Vormund hat das Vermögen des Kindes sorfältig zu verwalten (Art. 413 I, 367 I ZGB). Nicht erfasst sind die von Art. 412 und 414 ZGB erwähnten Vermögensteile. Das Gesetz sieht verschiedene Pflichten beim Amtsantritt, während der Dauer des Amtes und bei dessen Beendigung vor (244).

Auch die Vermögensverwaltung obliegt nicht exklusiv dem Vormund, sondern fordert nach Massgabe von Art. 421f. ZGB die Zustimmung der Vormundschafts- oder Aufsichtsbehörde.

III. Der strafrechtliche Schutz der vormundschaftlichen Gewalt

Da die vormundschaftliche Gewalt das obligatorische Surrogat der elterlichen Gewalt bildet, ist sie weitgehend mit ihr identisch. Die von der Rechtsprechung und Lehre anhand der elterlichen Gewalt entwickelten Grundsätze zum Schutzobjekt von Art. 220 StGB schliessen die vormundschaftliche Gewalt mit ein. Es kann daher grösstenteils auf die Ausführungen zum strafrechtlichen Schutz der elterlichen Gewalt verwiesen werden (245).

Geschütztes Rechtsgut ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Als relevantes Unterscheidungskriterium ist die geteilte Trägerschaft der vormundschaftlichen Gewalt zu nennen. Grundsätzlich steht die Bestimmung über den Aufenthalt des Mündels dem Vormund zu. Ist hingegen eine Anstaltseinweisung erforderlich, wird die Vormundschaftsbehörde zum Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts (Art. 405a I ZGB) (246). Art. 220 StGB erfasst nicht nur die Gewalt des Vormundes, sondern schützt auch die Kompetenzen

244 Näheres bei Riemer, N. 154ff. zu § 4; Tuor/Schnyder, S. 388ff. und 404f.

245 vgl. § 1 A IV

246 ebenso im Rahmen von Art. 421 Ziff. 14 ZGB

der Vormundschaftsbehörde (247). Diesen Grundsatz bestätigte das Bundesgericht in BGE 99 IV 269 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich), in welchem Urteil es festhielt, dass die Gewalt über die aufgrund eines Beschlusses der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 405 und 421 Ziff. 13 ZGB (248) in eine Anstalt eingewiesenen Zöglinge von dieser für die Vormundschaftsbehörde ausgeübt werde. "Wer die Zöglinge der Anstalt entzieht, entzieht sie daher auch der vormundschaftlichen Gewalt (HAFTER, BT II S. 445 oben; LOGOZ, Art. 220 N. 4a)" (249). Die Verweise auf die Lehre scheinen mir missglückt, da die Aussagen dieser Autoren zu Missverständnissen führen könnten. Hafter verweist auf Zürcher (250), der betont, dass der Minderjährige auch dann der elterlichen Gewalt oder dem Vormund entzogen ist, wenn er weder bei den Eltern noch beim Vormunde gewohnt hat, sondern durch sie in einer Anstalt oder in einer andern Familie untergebracht war und von dort weggeholt wurde. Die Subsumtion unter Art. 220 StGB (251) ist daher nur insofern korrekt, als der Vormund die Unterbringung in einer Familie anordnete. Die Einweisung in die Anstalt wird von der Vormundschaftsbehörde beschlossen. Wird das Kind aus der Anstalt entführt, ist es der Gewalt der Vormundschaftsbehörde, nicht der des Vormundes, entzogen (252).

Art. 220 StGB entfaltet seinen Schutz erst, nachdem die Vormundschaft über das unmündige Kind angeordnet worden ist (253). Die Anordnung darf erst erfolgen, wenn das Fehlen der elterlichen Gewalt rechtskräftig festgestellt ist (254). In der Phase zwischen der Anordnung der Vormundschaft und Bestellung des Vormundes, hat die Vormundschaftsbehörde die erforderlichen Massregeln zu treffen (Art. 386 ZGB). Die darauf gestützte Bestimmung des Aufenthaltes wird ebenfalls von Art. 220 StGB geschützt.

247 vgl. § 1 A IV (FN. 227f.)

248 heute ersetzt durch Art. 405a ZGB

249 BGE 99 IV 269

250 Zürcher, S. 263

251 analog bei Logoz, N. 4a zu Art. 220

252 In diesem Sinne entschied das Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. bereits am 20.3.1952 (wiedergegeben in RS 1953 Nr. 82).

253 Hafter, N. 3 zu Art. 220; vgl. zur Rechtslage während der "vormundslosen" Zwischenphase Schnyder/Murer, N. 104ff. zu Art. 368

254 Schnyder/Murer, N. 126 zu Art. 368

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 220 StGB den Vormund oder die vormundschaftlichen Behörden als Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts schützt. Der Schutz kommt auch der Vormundschaftsbehörde zu, die als Obhutinhaberin gemäss Art. 310 ZGB den Aufenthalt des unter elterlicher Gewalt stehenden unmündigen Kindes bestimmt, denn sie ist in diesem Umfang Inhaber der elterlichen Gewalt (255). Obwohl die Straf- und Anklagekammer des bernischen Obergerichts im Jahre 1945 (256) unter der vormundschaftlichen Gewalt im Sinne des Art. 220 StGB lediglich die an Stelle der elterlichen Gewalt getretene Gewalt des Vormundes verstand, nicht aber auch die durch aArt. 283 und 284 ZGB der Vormundschaftsbehörde (257) eingeräumte Befugnis, bei pflichtwidrigem Verhalten der Eltern die zum Schutze des Kindes geeigneten Massnahmen zu treffen, ist in Anbetracht der ratio legis dieses Tatbestandes und Entwicklung durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung (258) das Aufenthaltsbestimmungsrecht, unabhängig von der Inhaberschaft der restlichen elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt, das von Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut.

255 vgl. die Ausführungen unter § 1 A IV 3.c)

256 StrK 5. Juli 1945 i.S. Allenbach Emma, aufgeführt in ZBJV 82 (1946), S. 308f. und RS 1946 Nr. 201

257 diese Regelung entspricht den jetzigen Art. 307, 310 I und II und 293 I ZGB; vgl. dazu auch FN. 203 und 227

258 vgl. insbesondere BGE 108 IV 22ff. und die entsprechenden Ausführungen unter § 1 A IV 3.

Es ist zu prüfen, ob Art. 220 StGB als "Angriffssubjekt" nur das unmündige Kind vorsieht oder aber aufgrund des dem Fürsorgebedürftigen durch diese Rechtsnorm zuteilwerdenden mittelbaren Schutzes (259) auch die entmündigte Person erfasst.

A. Unmündiges Kind

Das Kind steht bis zu seiner Mündigkeit unter elterlicher resp. vormundschaftlicher Gewalt (Art. 296 I und 368 I ZGB). Es erlangt die Mündigkeit regelmässig nach dem vollendeten zwanzigsten Lebensjahr (Art. 14 I ZGB), durch Heirat (Art. 14 II ZGB) oder aufgrund der nach dem achtzehnten Lebensjahr zulässigen Mündigerklärung durch die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (Art. 15 ZGB). Somit geniesst die weibliche Unmündige den mittelbaren strafrechtlichen Schutz von Art. 220 StGB mindestens bis zum siebzehnten, der männliche Unmündige bis zum achtzehnten Altersjahr (Art. 96 II in Verbindung mit Art. 14 II ZGB) und maximal bis zum zwanzigsten Lebensjahr (Art. 14 I ZGB).

Die kantonalen Strafgesetzbücher schützten die elterliche Gewalt unterschiedlich. Die meisten Kantone gewährten den Schutz bis zur Mündigkeit des Kindes. Die Kantone Thurgau (§ 95 StGB) und Schwyz (§ 69 StGB) schützten die elterliche Gewalt nur bis zum vierzehnten Altersjahr des gewaltunterworfenen Kindes. Der Kanton Tessin gewährleistete diesen strafrechtlichen Schutz bis zum fünfzehnten Lebensjahr (Art. 338 StGB). Die Kantone Aargau (§ 136 StGB), Luzern (§ 178 StGB), Obwalden (§ 88 StGB), Schaffhausen (§ 168 StGB) und Zürich (§ 150 StGB) sahen als "Deliktsobjekt" ein Kind bis zum sechzehnten Altersjahr vor. Der Kanton Basel legte die Schutzgrenze auf achtzehn Jahre fest (§ 122 StGB).

259 vgl. § 1 A I, IV 1. und B III, sowie § 7 und § 14

Das österreichische StGB (260) vermittelt in § 195 einen differenzierten Schutz. § 195 I öStGB bezeichnet als "Deliktsobjekt" eine minderjährige Person, das ist gemäss § 74 Ziff. 3 öStGB eine Person, die das neunzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat (261). Die Tat ist qualifiziert, sofern sie an einer unmündigen Person - gemäss § 74 Ziff. 1 öStGB eine Person, die das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat - begangen wird (§ 195 II öStGB).

Die verlängerte Minderjährigkeit gemäss § 173 ABGB bis zum einundzwanzigsten Lebensjahr (262) vermag den strafrechtlichen Schutz der elterlichen Gewalt zeitlich nicht auszudehnen (263). Hingegen erlöscht er frühzeitig, sofern das Kind nach vollendetem achtzehnten Lebensjahr nach Massgabe von § 174 ABGB für volljährig erklärt wird (264). Heiratet ein minderjähriges eheliches Kind, so wird es mit der Eheschliessung, frühestens aber mit der Vollendung des 18. Lebensjahres, volljährig und bleibt dies auch, wenn die Ehe in der Folge aufgelöst oder für nichtig erklärt wird (§ 175 I ABGB). Formell beseitigt somit nur die Heirat einer über achtzehnjährigen Person die Anwendung von § 195 öStGB vorzeitig (265). Materiell erlöscht der in § 195 öStGB gewährleistete Schutz, sobald das familienrechtliche Gewalt- und Schutzverhältnis in tatsächlicher Hinsicht, beispielsweise infolge der wirtschaftlichen Selbständigkeit des Minderjährigen (266), nicht mehr besteht oder weitgehend gelockert ist (267).

- 260 in der Fassung Bundesgesetzblatt 1980/319, 1982/205 und 1984/295
- 261 analoge zivilrechtliche Regelung in § 21 II ABGB; in Kraft seit dem Volljährigkeitsgesetz vom 14.2.1973 (BGBl. 108)
- 262 vgl. dazu Näheres bei Schwind Fritz, Kommentar zum österreichischen Eherecht. 2. A., Wien 1980, S. 99f.
- 263 Foregger/Serini, E. II zu § 195; Pallin, N. 4 zu § 195; a.M. OGH 29.10.1973 in EvBl 1974 Nr. 144, S. 304
- 264 Foregger/Serini, E. II zu § 195
- 265 Die gerichtliche Ehemündigkeitserklärung ist zulässig für Frauen ab dem vollendeten fünfzehnten, für Männer ab dem vollendeten achtzehnten Lebensjahr (§ 1 II öEheG).
- 266 vgl. EvBl 1974 Nr. 144, S. 303f.
- 267 ebenso Pallin, N. 4. zu § 195; Foregger/Serini, E. II zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 7 zu § 195

In der BRD wurde der mittelbare strafrechtliche Schutz des § 235 dtStGB (268) limitiert auf Personen unter achtzehn Jahren. Diese Fixierung der Altersgrenze ist gemäss Schwarz (269) "die wohl einzige wesentliche Aenderung des 1. StrRG hinsichtlich des Kinderraubs". Im Jahre 1969 erlangte eine Person die Volljährigkeit nach Vollendung des 21. Altersjahres. Die Strafgesetzbuchrevision schuf nun eine Diskrepanz zwischen zivilrechtlicher Dauer der elterlichen Gewalt und deren strafrechtlichen Schutz. Begründet wurde diese Neuregelung mit der Lockerung des Verhältnisses zwischen dem Minderjährigen und seinem Sorgeberechtigten - gemeint ist wohl der Charakter der elterlichen Gewalt, deren Inhalt zusehends mit dem steigenden Alter des Minderjährigen geschmälert wird - und der fundamentalen Strukturänderung der Familie seit 1871, die eine Anpassung des Strafrechts an diese Entwicklung aufdränge (270). Heute ist das strafrechtliche Schutzalter in § 235 dtStGB wieder identisch mit dem Alter, in dem ohnehin die Volljährigkeit eintritt (271). Schwarz (272) fordert daher wiederum eine Herabsetzung des strafrechtlichen Schutzalters um zwei Jahre, um den adäquaten Revisionsüberlegungen auch heute noch Geltung zu verschaffen.

Die Heirat des Unmündigen beendet die elterliche Gewalt nicht, sondern reduziert sie lediglich auf die Vertetungsbefugnis in persönlichen Angelegenheiten (§ 1633 BGB).

B. Entmündigte Person

Charakteristika der Bevormundung Mündiger gemäss den Art. 369ff. ZGB sind die mangelnde Handlungsfähigkeit, die persönliche und die das Vermögen betreffende Schutz- und Beistandsbedürftigkeit des Interdizenden. Genauso wie die elterliche resp. vormundschaftliche Gewalt über Unmündige bezweckt das Vormundschaftsrecht i.e.S., diese Schwächen durch Rechte und Pflichten vormundschaftlicher Organe hinsichtlich der Fürsorge für die Person und das Vermögen zu überwinden.

268 in der Fassung des 1. StrRG vom 25.6.1969 (BGBl. I 645)

269 S. 144

270 Schwarz, S. 146

271 Gesetz vom 31.7.1974 (BGBl. I 1013)

272 S. 149

Aufgrund dieser Zielkongruenz würde sich der strafrechtliche Schutz der vormundschaftlichen Gewalt über Mündige durch Art. 220 StGB geradezu aufdrängen. Hingegen zeigt der klare Wortlaut dieser Strafnorm - "Wer eine unmündige Person ... " -, dass der Gesetzgeber den mittelbaren Schutz der hilfebedürftigen Person nicht auf Entmündigte erstrecken wollte. Diese Auffassung entspricht der herrschenden Lehre (273). Einzig Zürcher (274) will mittels teleologischer Auslegung die Gewährleistung des Fürsorgepflichtigen auch dem Entmündigten zukommen lassen. Dieser Ansicht kann trotz den ihr zugrundeliegenden beachtenswerten Motiven nicht gefolgt werden, da Art. 220 StGB infolge des klaren Wortlautes nicht auslegungsbedürftig ist. Auch das Vorliegen einer bloss scheinbaren Klarheit des Wortlautes, die eine Auslegung erforderlich machen würde, muss verneint werden. Das Bundesgericht (275) fordert dafür triftige Gründe, die untermauern, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Indizien können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Gesetzen ergeben. Kein kantonales Strafgesetzbuch sah den mittelbaren strafrechtlichen Schutz des Entmündigten vor, sie beschränkten sich auf die Garantie der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt über Unmündige. Weder die Vorentwürfe noch die parlamentarischen Beratungen zu Art. 220 StGB lassen auf den Wunsch nach einer Erweiterung seines Schutzbereiches schliessen. Auch die scharfe Begriffstrennung im ZGB (276) - Unmündiger/Entmündigter - unterstützt die herrschende Lehre, gemäss welcher Art. 220 StGB nur auf Unmündige Anwendung findet.

273 statt vieler Stratenwerth, BT II, S. 98

274 S. 262

275 BGE 80 II 316; 87 I 16; 90 I 214f.; 95 I 326, 509; 96 I 627; 98 Ia 192, 200

276 insbesondere Art. 368ff. ZGB

Nach Art. 220 StGB macht sich strafbar, wer eine unmündige Person dem Gewaltinhaber entzieht oder vorenthält. Gemäss Bundesgericht (277) besteht die erforderliche Tathandlung in einem "Tun oder Unterlassen, das den Inhaber der Gewalt hindert, frei über die unmündige Person, insbesondere über ihren Aufenthaltsort, ihre Erziehung, ihre Lebensgestaltung, zu bestimmen".

Diese pauschale Beschreibung bedarf aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit, insbesondere des Legalitätsprinzips und der Rechtssicherheit, einer Konkretisierung.

A. Entziehen

I. Grammatikalische Auslegung

Entziehen bezeichnet seinem Ursprung nach ein in bestimmter Weise verlaufendes "Trennen von etwas" (278). Synonyma sind "wegnehmen" oder "nicht mehr zuteil werden lassen".

Verlangt wird ein aktives Verhalten, wodurch dem Berechtigten der Zugriff über etwas verwehrt wird.

Der Wortlaut allein vermag nicht, die Tathandlung in rechtsstaatlich befriedigender Weise einzugrenzen. Weitere Auslegungsmethoden sind daher beizuziehen.

II. Teleologische Auslegung

Die Konkretisierung der Tathandlung wird mittels dem durch Art. 220 StGB Schutz erfahrenden Rechtsgut, dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers, vorgenommen.

Pönalisiert ist die Vereitelung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Obhutinhabers durch aktives Verhalten, denn die passiven Verhaltensweisen werden von der zusätzlich aufgeführten Tathandlung des "Vorenthaltens" separat erfasst. Es gilt abzuklären, in welcher Weise dieser Eingriff zu erfolgen hat, um tatbestandsrelevant zu sein. Art. 220 StGB stellt nicht jede Behinderung in der Ausübung der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt unter Strafe, ansonsten diese Vorschrift einen nur schwer

- 277 BGE 80 IV 70 (i.S. Distel gegen Distel) aufgeführt in RS 1954 Nr. 224 und JT 102 (1954) IV, S. 119, bestätigt in BGE 91 IV 137 (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft) und BGE 101 IV 304 (i.S. B. contre C.)
- 278 Regel, S. 4

1. Faktisches Gewaltverhältnis

Nicht verlangt wird, dass der Obhutinhaber sein Gewaltverhältnis über das unmündige Kind, im Sinne einer Hausgemeinschaft, zur Zeit der Tat auch faktisch ausübt. Tatbestandsmässig handelt auch, wer das Kind vom Aufenthalts- oder Pflegeort, den der Obhutinhaber bestimmt hat, entfernt oder fernhält (280). Auf das Vorliegen eines faktischen Gewaltverhältnisses verzichten auch die Rechtsprechung und herrschende Lehre in Deutschland (281). Geschützt werden sowohl die tatsächliche als auch die potentielle Ausübung des Sorgerechts (282).

Kurz erläutern möchte ich die österreichische Doktrin (283), die ein rechtliches und tatsächliches Gewaltverhältnis der Eltern über das Kind fordert. Nicht vorausgesetzt wird auch hier eine Hausgemeinschaft der Gewaltinhaber mit dem minderjährigen Kind zur Tatzeit. Hingegen gewährt § 195 öStGB nur Schutz, solange das familienrechtliche Gewaltverhältnis auch in faktischer Hinsicht lebt. Die Erziehungsrechte der Eltern sind erloschen, wenn weitere Erziehungsmassnahmen weder notwendig noch möglich sind, beispielsweise infolge der wirtschaftlichen Selbständigkeit des unmündigen Kindes (284).

Das Entziehen setzt auch nicht die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses des Kindes zum Täter voraus (285).

- 279 BGE 99 IV 269 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); wiedergegeben in RS 1976 Nr. 74 und JT 123 (1975) IV, S. 18ff.
- 280 BGE 99 IV 270 bestätigt in BGE 101 IV 304 in Uebereinstimmung mit der h.L.: Clerc, I, S. 221; Logoz, N. 4a zu Art. 220; Zürcher, S. 263; Hafer, S. 445; Stratenwerth, BT II, S. 99; unklar Thormann/Overbeck, N. 5 zu Art. 220, die nur den Bruch des unmittelbaren Gewaltverhältnisses erwähnen.
- 281 Vogler, LK 10. A., N. 7f. zu § 235; Bockelmann, S. 95 und Dreher/Tröndle, N. 3 zu § 235
- 282 Regel, S. 25, 37 und 91
- 283 Pallin, N. 4 zu § 195; Foregger/Serini, E. II zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 7 zu § 195
- 284 Mayerhofer/Rieder, N. 7 zu § 195; vgl. auch FN. 266f.
- 285 Vogler, LK 10.A., N. 5 zu § 235 und Eser, SS, N. 6 zu § 235 mit entsprechenden Hinweisen auf die Rechtsprechung; Regel, S. 75ff.; analoge Doktrin in Oesterreich: Pallin, N. 7 zu § 195; hingegen verlangt das Entführen im Sinne der Art. 183ff. StGB die Begründung einer Art Herrschaftsverhältnis über das Opfer (vgl. Egli, S. 76f.; Schubarth, N. 47 zu Art. 183; Noll, BT I. S. 79).

Tatbestandsmässig handelt nur, wer eine örtliche Trennung zwischen dem Obhutinhaber und dem unmündigen Kind schafft, "wobei es keinen Unterschied macht, ob der Unmündige (mit oder ohne seinen Willen) vom Gewaltinhaber oder der Gewaltinhaber vom Unmündigen ferngehalten wird. Nur soweit die Ausübung der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt gerade durch die Entfernung von der bestimmten Aufenthalts- und Pflegestelle oder durch die Unterbindung des freien Zuganges behindert wird, fällt die Tat unter Art. 220 StGB" (286). Befindet sich das Kind mit Willen des Obhutinhabers bei Dritten, so ist die Tat mit der Trennung von diesen Personen vollendet. Es genügt eine Entfernung vom Aufenthaltsort, der dem Obhutberechtigten grundsätzlich bekannt ist.

Die räumliche Trennung als konstitutives Element der Tatbestandsmässigkeit fordern ebenso die deutsche (287) und österreichische (288) Rechtsprechung und Dogmen. In Oesterreich aber stellt das Absichern des unmündigen Kindes gegenüber dem Erziehungsberechtigten ebensowenig wie das Weglocken des Erziehungsberechtigten vom Minderjährigen eine tatbestandsmässige Entziehung dar (289). Das unmündige Kind selbst muss vom Gewaltinhaber räumlich getrennt werden.

3. Dauer des Eingriffes

Das Bundesgericht (290) stellte fest, dass der dauernde Entzug kein Tatbestandselement des Art. 220 StGB bilde. Es genügt, dass der Täter das unmündige Kind vorübergehend der Gewalt entziehe. Auch Oesterreich verzichtet auf eine bestimmte Mindestdauer des Eingriffes (291). Hingegen muss die Tathandlung zeitlich eine

- 286 BGE 99 IV 270 bestätigt in BGE 101 IV 305; ebenso bedarf das Entführen gemäss Art. 183ff. StGB einer Ortsveränderung (vgl. Egli, S. 73f.).
- 287 Eser, SS, N. 5 zu § 235; Lackner, N. 3 zu § 235; Maurach-Schröder, S. 89; Bockelmann, S. 95; a.M. Vogler, LK 10. A., N. 4 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 6 zu § 235; Regel, S. 69ff., im Ergebnis aber analog der Schweizer-These
- 288 Pallin, N. 6 zu § 195
- 289 Pallin, N. 6 zu § 195
- 290 BGE 99 IV 272; auch das Entführen im Sinne der Art. 183ff. StGB setzt keine bestimmte, minimale Dauer voraus. Eine gewisse Zeitdauer ist allerdings vonnöten (vgl. Egli, S. 74; Rehberg, S. 165; Stratenwerth, BT I, S. 102, mit Hinweis auf BGE 83 IV 154).
- 291 Foregger/Serini, E. III zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 9 zu § 195

Die deutsche Rechtsprechung (293) hält eine Kindesentziehung dann für gegeben, "wenn das Erziehungsrecht der Eltern auf eine gewisse Zeit tatsächlich unwirksam gemacht oder doch so wesentlich beeinträchtigt wird, dass es nicht ausgeübt werden kann". Die Lehre und Rechtsprechung (294) waren sich bis anhin einig, dass die Entziehung auf einen Zustand von einer gewissen Dauer gerichtet sein müsse, und die nur vorübergehende Trennung des Minderjährigen vom Erziehungsberechtigten nicht genüge. In BGH 16 (1962), 61f. distanzierte sich der Strafsenat von dieser kategorischen Zeitbestimmung, indem er die Entfernung eines 4-jährigen Mädchens aus dem Einwirkungs- und Schutzbereich des Erziehungsberechtigten während nur zehn Minuten als Entziehung im Sinne von § 235 dtStGB wertete. Die erforderliche zeitliche Dauer der Tathandlung sei unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und des Zweckes der Strafnorm zu bestimmen. Als Bewertungskriterium diene auch der Grad der Fürsorgebedürftigkeit des Kindes (geringes Alter, Krankheit etc.) (295).

Durch diese Lockerung des Zeitkriteriums nähert sich die deutsche Rechtsprechung der österreichischen (296), die bei der Beurteilung des zeitlichen Ausmasses der Beeinträchtigung auf die konkreten Umstände abstellt.

Das schweizerische Bundesgericht hatte noch nie einen Straffall zu beurteilen, in dem die Entziehung die Dauer von zwei bis drei Tagen unterschritt. Aufgrund des Verweises auf die deutsche Rechtslage in BGE 99 IV 272 ist aber anzunehmen, dass es bei der Konkretisierung des Terminus "vorübergehend" auf die Umstände des Einzelfalles abstellen und nicht jede noch so kurzfristige Beeinträchtigung des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Obhutinhabers unter Strafe stellen würde. In BGE 110 IV 37 liess das Gericht offen, inwieweit auch geringfügige Ueberschreitungen des

292 Pallin, N. 6 zu § 195

293 BGH 16 (1962), 61

294 Eser, SS, N. 6 zu § 235; Vogler, LK 10. A., N. 5 zu § 235; Horn, SK, N. 5 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 6 zu § 235; Maurach-Schröder, S. 89; Schmidhäuser, S. 160; Bockelmann, S. 95

295 BGH 16 (1962), 61f.; kritisch Eser, SS, N. 6 zu § 235; a.M. Dreher/Tröndle, N. 6 zu § 235; Horn, SK, N. 5 zu § 235

296 Pallin, N. 6 zu § 195

Besuchsrechts als ein nach Art. 220 StGB beachtliches Vorenthalten oder Entziehen anzusehen sind (297). In casu dauerte die Widerhandlung mehrere Monate.

4. Erfordernisse auf Seiten des Obhutinhabers

In BGE 99 IV 272 stellte das Bundesgericht ein zusätzliches tatbestandsrelevantes Kriterium auf: Besteht zur Tatzeit kein faktisches Gewaltverhältnis des Obhutberechtigten über das unmündige Kind - sei es durch externe Hausgemeinschaft in einer Pflegefamilie, in einer Anstalt oder durch selbständigen Aufenthaltsort des Minderjährigen etc. -, so wird verlangt, dass er sich um die Wiedererlangung der Gewalt bemüht oder es erwartungsgemäss in naher Zeit tun wird. Die von gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertretern - wie Pflegeeltern, Anstaltsorgane etc. - oder Hilfsorganen veranlassten Bemühungen um Rückschaffung der entzogenen resp. vorenthaltenen Minderjährigen werden dem Obhutinhaber zugeschrieben und somit durch die elterliche Gewalt mitgetragen.

Noch weiter geht die österreichische Doktrin (298), die trotz widerrechtlicher räumlicher Trennung zwischen dem Erziehungsberechtigten und dem Schutzbefohlenen die Tat solange nicht als Entziehung wertet, als dem Obhutinhaber die Möglichkeit verbleibt, mit dem Minderjährigen zumindest telefonischen oder brieflichen Kontakt aufzunehmen, oder notfalls die Hilfe der Behörden in Anspruch zu nehmen.

Diese Auffassung bedarf der Konkretisierung, um nicht dem Tatbestand der Kindesentziehung den nötigen "Biss" zu nehmen. Die Ansätze zu diesen Grundsätzen entwickelte die Rechtsprechung im Rahmen der Beurteilung der Entführung im Anschluss an das freiwillige Verlassen des Elternhauses durch das unmündige Kind (299). Der Angeklagte hatte dem entflohenen Kind einzig Unterkunft gewährt an einem Ort, an welchem der Erziehungsberechtigte das unmündige Kind vermutete und somit in der Lage gewesen wäre, mit seinem Kind Kontakt aufzunehmen. Danebst wurde diese Recht-

297 BGE 110 IV 35ff. (i.S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft)

298 Pallin, N. 6 zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 1-2 zu § 195

299 Entscheid des OGH vom 7.9.1971 in: JBl 1972, S. 49f.; vgl. auch § 3 A III 2.

sprechung zu § 96 aÖStGB (300) entwickelt, gemäss welchem die Entziehung nur unter Anwendung bestimmter Tatmittel, u.a. der List, erfolgen konnte. Listiges Verhalten konnte dem Angeklagten in casu nicht vorgeworfen werden.

5. Tatmittel

Art. 220 StGB fordert nicht den Einsatz spezieller Tatmittel, wie List, Gewalt oder Drohung, um die Tat zu begehen.

Auch das revidierte ÖStGB (301) sah von den ursprünglich geforderten Tatmitteln ab.

Das deutsche Strafrecht hingegen engt die Tathandlung ein durch die erforderliche Anwendung von List, Drohung oder Gewalt, die sich gegen den Rechtsgutsträger, das minderjährige Kind oder Dritte richten können (302). Der blosse "Diebstahl" eines Säuglings bleibt somit straflos. Durch die extensive Auslegung listigen Verhaltens wird aber versucht, möglichst jede Entziehung unter § 235 dtStGB zu subsumieren (303).

III. "Problemfälle"

1. Entzug eines entzogenen resp. vorenthaltenen Kindes

Nur kurz erwähnen möchte ich den wohl eher seltenen Fall, in dem ein Kind, das dem Obhutberechtigten bereits entzogen wurde, dem Ersttäter oder einer andern Person durch eine Drittperson erneut weggenommen wird. Die bereits erfolgte Erstentziehung schliesst die Strafbarkeit der Zweitentziehung nicht aus, da Art. 220 StGB kein faktisches "Herrschaftsverhältnis" zwischen dem Obhutberechtigten und dem Schutzbefohlenen zur Tatzeit voraussetzt. Dies geht auch aus der bundesgerichtlichen Auslegung der Tathandlung in BGE 99 IV 271 hervor, in dem das Gericht festhielt, dass auch eine unmündige Person, die sich nicht oder nicht mehr in der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt - gemeint ist wohl korrekterweise die faktische Gewalt - befindet, dem Gewalt-

300 Das ÖStGB wurde revidiert durch das Bundesgesetz vom 23.1. 1974 (BGBl. Nr. 60) über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB).

301 vgl. FN. 300

302 Eser, SS, N. 12 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 12f. zu § 235; Horn, SK, N. 8f. zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 7 zu § 235; Lackner, N. 4 zu § 235; Maurach-Schröder, S. 89

303 vgl. Näheres bei Horn, SK, N. 9 zu § 235

inhaber entzogen werden kann. "Dies geschieht dann, wenn der Täter verhindert, dass der Unmündige (wieder) in die Gewalt des Berechtigten gelangt."

2. Beherbergen oder Verköstigen eines weggelaufenen Kindes

Folgender Sachverhalt bildet die Ausgangsbasis meiner Erörterungen: Ein unmündiges Kind verlässt freiwillig ohne Hilfe Dritter den vom Obhutberechtigten bestimmten Aufenthaltsort und sucht Unterschlupf bei einer Bezugsperson. Diese Vertrauensperson beherbergt und verköstigt es.

Klassische Beispiele sind solche Fälle, in denen das Kind vom obhutberechtigten Elternteil wegläuft und sich zum nicht obhutberechtigten begibt, der ihm Unterkunft gewährt.

Es stellt sich die Frage, ob das Verhalten der Bezugsperson strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht.

Gemäss Bundesgericht (304) liegt eine Entziehung im Sinne von Art. 220 StGB vor, wenn der Täter verhindert, dass der Unmündige (wieder) in die Gewalt des Berechtigten gelangt. In casu hatte der Verurteilte einem ohne seine Hilfe aus einer Erziehungsanstalt entwichenen Zögling zwei diverse Unterkunftsöglichkeiten vermittelt und damit beigetragen, dass er nicht gefunden werden konnte. Sobald das Verhalten eine aktive Komponente aufweist, wird es demnach vom Bundesgericht als Entziehung, und nicht als ein Vorenthalten qualifiziert.

Dieses Urteil wurde von Schubarth (305) scharf kritisiert, indem er dem Bundesgericht vorwarf, durch seine in BGE 99 IV 266ff. begründete Praxis normale menschliche Verhaltensweisen wie das blosses Beherbergen eines Mitmenschen zu pönalisieren. Die Haltung des obersten Gerichts sei um so stossender als diese Verhaltensweisen überdies von Geboten der christlichen Ethik getragen würden und Verbrechen im strafrechtlichen Sinne nur sein könne, was schon die Sozialethik entschieden verurteile (306). Kritik an dieser bundesgerichtlichen Auffassung übt auch Stratenwerth (307), denn von strafbarem Verhalten könne nicht schon die Rede sein, wenn jemand einen entlaufenen Jugendlichen nur (vorübergehend) beherberge, ihm Kleidung oder Nahrung verschaffe, ihn etwa als Autostopper mitnehme usw.

304 BGE 99 IV 271

305 Schubarth Martin, Begünstigung durch Beherbergen?, in: ZStrR 94 (1977), S. 158-164

306 id., a.a.O., S. 161f.

307 BT II, S. 99

Noch problematischer ist die Beurteilung des Verhaltens des nicht obhutberechtigten Elternteils oder anderer Verwandten, bei denen das unmündige Kind freiwillig Zuflucht sucht. Denn hier werden die Betroffenen, insbesondere die Mutter oder der Vater, mit einer Pflichtenkollision konfrontiert. Einerseits statuiert Art. 272 ZGB - als Korrelat zur ehelichen Treue- und Beistandspflicht in Art. 159 III ZGB - im Verhältnis zwischen den Eltern und Kindern die gegenseitige Pflicht zu Beistand, Rücksicht und Achtung. "Diese Pflicht besteht unbefristet und unabhängig von elterlicher Gewalt und häuslicher Gemeinschaft, also zwischen Eltern und Kindern, Grosseltern und Enkeln; darüberhinaus auch zwischen Geschwistern" (308). Der Beistand hat durch Geld-, Natural- und Dienstleistungen zu erfolgen, nichtsdestoweniger in geistig-sittlicher Art bei Krankheit oder Not (309). Daher sind der geschiedene Elternteil, die Grosseltern und Geschwister verpflichtet, das unmündige Kind, das zwar dem andern Elternteil zugewiesen wurde, aber Zuflucht bei ihnen sucht, wenigstens vorübergehend aufzunehmen (310). Das Bundesgericht selbst hielt in BGE 94 I 101 fest, dass die Mutter, welche ihr, dem Ex-Ehegatten weggelaufenes, Kind bei sich aufnimmt, keineswegs die dem Vater durch Ehescheidungsurteil zugewiesene elterliche Gewalt verletze.

Andererseits gebieten Art. 220 StGB und 301 III ZGB dem, welcher die tatsächliche Gewalt über das Unmündige ausübt, das Kind dem Berechtigten herauszugeben.

Ich würde mich der Kritik von Schubarth und Stratenwerth vollumfänglich anschliessen, könnte ich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht einige Subtilitäten entnehmen, die meines Erachtens verhindern, sozial und rechtlich Gebotenes zu bestrafen.

Das Bundesgericht selbst trifft im missbilligten Entscheid Unterscheidungen. Die Strafbarkeit setzt ein aktives Handeln des Täters solcher Art voraus, dass ein widerrechtlicher Zustand durch Planung und Durchführung in leitender Weise begründet wird, der es dem Obhutberechtigten verunmöglicht - zumindest für

308 Hegnauer, Grundriss, S. 102, mit Verweis auf BGE 76 II 272

309 id., Grundriss, S. 102f.

310 gleicher Ansicht Hegnauer, Grundriss, S. 103; id., Zur Erfüllung der Unterhaltsbeitragspflicht geschiedener Eltern (Art. 289 Abs. 1 ZGB), in: ZVW 35 (1980), S. 102

eine vorübergehende Zeit (311) -, seinen Schützling aufzufinden (312). Schon in BGE 80 IV 68ff. sprach das Gericht unter gegen- teiligen Voraussetzungen eine Mutter mangels tatbestandsmässigen Verhaltens frei. Gemäss Vorinstanz hatte sie delinquent, indem sie erklärte, sie weigere sich, den Vormund über ihr Kind verfü- gen zu lassen, obwohl diesem dessen Aufenthaltsort bei einer Pflegefamilie bekannt war.

Zusätzlich fordert das Gericht ein eigenes und persönliches Interesse des Täters an der Entziehung (313).

Als letztes strafbegründendes Kriterium wird verlangt, dass sich der Gewaltinhaber um die Wiedererlangung der Gewalt bemüht oder es erwartungsgemäss in naher Zukunft tun wird (314).

Mit Hilfe dieses durch die drei Kriterien geschaffenen Masssta- bes kann meines Erachtens strafbares von ethisch und rechtlich gebotenem Verhalten getrennt werden. Unabdingbare Voraussetzun- gen bilden jedoch die minutiöse Kenntnis des Sachverhaltes und die subtile Wertung durch den Richter. Die gleiche Meinung ver- trat das Bundesgericht in BGE 101 IV 303ff. (i.S. B. contre C.), als es den angefochtenen Entscheid aufhob und die Vorinstanz an- wies, nochmals anhand der bundesgerichtlichen Grundsätze zu überprüfen, ob die Tathandlung in der geforderten Weise ausge- führt worden war.

Insofern ist zu wünschen, dass die herausgeschälten Kriterien verfeinert und konkretisiert werden, um eine rechtsgleiche Rechtsanwendung zu garantieren. Ein Lösungsmodell bietet an- satzweise das österreichische Recht, zu dem das Bundesgericht durch die Anforderungen an das Verhalten des Gewaltinhabers be- reits eine schmale Brücke geschlagen hat, kombiniert mit den eigenen Erkenntnissen aus der schweizerischen Rechtsprechung. Das Unterkunftgewähren ist meines Erachtens eine straflose Hand- lung, sofern:

1. das Kind freiwillig ohne Veranlassung von Seiten Dritter bei einer Person Unterschlupf sucht;
2. das Verhalten der Bezugsperson nicht weiter geht als es die Erfüllung der Rechtspflicht aus Art. 272 ZGB erfordert oder die Ethik gebietet

311 vgl. die Ausführungen unter § 3 A II 3.

312 BGE 99 IV 273

313 In casu handelte der Journalist aus beruflichem Interesse (BGE 99 IV 273f.).

314 BGE 99 IV 272; vgl. auch § 3 A II 4.

(kein aktives Verhindern der Wiederauffindung durch den Berechtigten; keine eigenen Interessen am geschaffenen Zustand);

63

3. dem Obhutberechtigten die Möglichkeit eingeräumt wird, persönlichen oder telefonischen Kontakt mit dem Kinde aufzunehmen, um auf es einzuwirken (315). Dies bedingt, dass die Bezugsperson den Obhutberechtigten möglichst bald über den Aufenthaltsort informiert;
4. dem Obhutberechtigten die Möglichkeit verbleibt, behördliche Zwangsmassnahmen zu begehren (315).

Die Punkte drei und vier der Anforderungen an die straflose Beherbergung habe ich aufgestellt, um der Obdach gewährenden Person, insbesondere den Eltern, die Pflicht zu ersparen, das Kind, das sich vehement gegen eine Rückkehr zum Obhutberechtigten oder an einen von diesem bestimmten Ort wehrt, mit Zwang aus eigenem Antrieb zurückzubringen, ohne dass der Berechtigte selbst Massnahmen und Anstrengungen zur Rückschaffung des Kindes initiiert. Bereits im Jahre 1964 sprach das Kassationsgericht des Kantons Waadt (316) eine Mutter, bei der ihr achtzehnjähriger Sohn Zuflucht gesucht hatte, u.a. mit der Begründung frei, der Vater, der nicht gewillt war, selbst Zwangsmittel einzusetzen, dürfe nicht verlangen, dass die Mutter sie ergreife, um den Sohn zurückzuschaffen.

Dieses Lösungsschema zur Differenzierung zwischen strafbarem und straflosem Verhalten scheint mir adäquater als der Versuch der Gerichte, durch die unterschiedliche Einengung der Tathandlung oder die Feststellung, der Strafantrag sei rechtsmissbräuchlich (317) oder es lägen Rechtfertigungsgründe vor, diese Unterschei-

315 Das österreichische Recht fordert generell, damit der Tatbestand von § 195 öStGB erfüllt ist, dass dem Berechtigten die Möglichkeit fehlt, persönlichen Kontakt mit dem Minderjährigen aufzunehmen oder die Hilfe der Behörden in Anspruch zu nehmen. Vgl. Pallin, N. 6 zu § 195 und Mayerhofer/Rieder, N. 1a zu § 195.

316 wiedergegeben in RS 1966 Nr. 33 und JT 113 (1965) IV, S. 30ff.

317 vgl. § 24 C

64 dung vorzunehmen. Die Existenz der Rechtfertigungsgründe (318) knüpft an Bedingungen wie die unmittelbare Gefahr an, die dem entlaufenen Kind in der Regel nicht droht, so dass die Rechtswidrigkeit des Beherbergens nur in den seltensten Fällen beseitigt werden kann. Beispielsweise stellte die Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich das Verfahren ein gegen einen Angestellten des "Schlupfhuses" (319), in das ein der Gewalttätigkeit der Eltern ausgeliefertes Kind geflüchtet war, weil er unter diesen Umständen berechtigt gewesen sei, Notstandshilfe im Sinne von Art. 34 Ziff. 2 StGB zu leisten (320).

Zudem scheint es mir dogmatisch verfehlt, normale Verhaltensweisen wie die Hilfeleistung zugunsten der Mitmenschen, insbesondere des eigenen Kindes, primär mit Strafe zu bedrohen und erst sekundär in Ausnahmefällen die Rechtfertigungsgründe korrigierend wirken zu lassen (321).

Nochmals betonen möchte ich, dass meine Lösungsskizze nur Anwendung finden darf, sofern das Kind aus eigenem Entschluss bei Dritten Unterschlupf sucht. Dies setzt eine situationsbezogene Urteilsfähigkeit beim Unmündigen voraus.

IV. Würdigung

Die Entziehung als Tätigkeitsdelikt ist in dem Zeitpunkt vollendet, "in dem die geschützte Gewalt durch die räumliche Trennung des Unmündigen vom Berechtigten faktisch aufgehoben ist" (322). Entgegen den Ansichten Hafters (323) und Logoz' (324) liegt mei-

- 318 vgl. Näheres im 7. Kapitel: Rechtfertigungsgründe
319 Private Institution in der Stadt Zürich, die hilfesuchenden Kindern Rat, Verpflegung und Obdach gewährt.
320 entnommen aus plädoyer 5/1983, S. 26f. und Nachrichtenblatt KAPO 1984, S. 122
321 gleicher Ansicht Schubarth Martin, Begünstigung durch Beherbergen?, in: ZStrR 94 (1977). S. 163f.
322 Stratenwerth, BT II, S. 99; ähnlich Thormann/Overbeck, N. 9 zu Art. 220; Petrzilka, S. 291 und Logoz, N. 5 zu Art. 220
323 S. 445 ohne Begründung
324 N. 4b zu Art. 220 ohne Begründung

nes Erachtens ein Dauerdelikt (325) vor, das erst mit der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes - sobald dem Berechtigten das Aufenthaltsbestimmungsrecht als Voraussetzung der Einwirkungsmöglichkeit auf das unmündige Kind wieder eingeräumt wird - beendet ist.

Art. 220 StGB pönalisiert ein identisches Verhalten wie die Art. 183ff. StGB: Freiheitsberaubung und Entführung, die nach herrschender Lehre (326) Dauerdelikte beschreiben.

Erst im VE 1896 Art. 130 wurde der Terminus "Entführen" durch den Begriff "Entziehung" ersetzt, ohne den Willen, die Tathandlung materiell zu verändern, sondern um besser zu manifestieren, dass es sich hiebei um ein Delikt gegen das Familienrecht und nicht um eine klassische Entführung als Delikt gegen die persönliche Freiheit handle (327).

Noch heute führt der französische Text des Strafgesetzbuches im Titel von Art. 220 als Oberbegriff "Enlèvement" auf, der die Tathandlungen "soustraire" und "refuser de remettre" umfasst. Die klare terminologische Trennung zwischen "Entführen" und "Entziehen" fehlt. Oft werden diese Termini im allgemeinen Sprachgebrauch und von Kommentatoren (328) als Synonyma verwendet.

Der Vorschlag Calames (329), das Verb "soustraire" durch "déplacer" oder einen andern Terminus zu ersetzen, weil ihn dieses zu sehr an die Entziehung einer Sache, an Diebstahl, erinnere,

- 325 vgl. zu den Dauerdelikten: Hauser/Rehberg, S. 62; Noll, AT I. S. 59f.; Schultz, AT I. S. 131; Stratenwerth, AT I. S. 275
- 326 Schubarth, N. 13 und 50 zu Art. 183; Rehberg, S. 162; Stratenwerth, BT I. S. 100; Noll, BT I. S. 76; Egli, S. 40, 60f., 124f. und 179; hingegen liess BGE 104 IV 369 offen, ob die Entführung eines Kindes ein Dauer- oder ein Tätigkeitsdelikt darstelle.
- 327 auf Antrag Greteners, in: Verhandlungen der Expertenkommission, Band II, Bern 1896, S. 575
- 328 beispielsweise: Gautier, in: Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III. April 1913, Luzern 1914, S. 304; Stratenwerth, BT II, S. 99; Zürcher, S. 263; Thormann/Overbeck, N. 5 zu Art. 220; Schwarz, S. 153
- 329 Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, April 1913, Luzern 1914, S. 304

Auch das Bundesgericht (330) scheint die Qualifikation von Art. 220 StGB als Dauerdelikt nicht a priori abzulehnen, da es den Vergleich mit der deutschen Doktrin, welche die Kindesentziehung (331) als Dauerdelikt klassiert, zur Vervollständigung der Argumentenkette heranzieht.

Auf die Konsequenzen der Zuordnung von Art. 220 StGB zu den Dauerdelikten bezüglich der zeitlichen Begrenzung einer möglichen Gehilfenschaft und Notwehr sowie des Beginns der Verfolgungsverjährung werde ich unter den entsprechenden Paragraphen eingehen.

B. Vorenthalten

I. Bedeutung

1. Gemäss Lehre

"Unter Vorenthalten ist die (ausdrückliche oder stillschweigende) Verweigerung der Uebergabe an den Gewaltinhaber zu verstehen" (332). Zürcher (333) definierte in seinem Votum vor der zweiten Expertenkommission Vorenthalten kurz und prägnant als "Nichtherausgeben, trotzdem rechtlich herausgegeben werden müsste". Diese Charakterisierung entspricht derjenigen zahlreicher kantonaler Strafgesetzbücher, die den Tatbestand des Vorenthalten unmündiger Kinder bereits vorsahen (334).

Sehr global umschreibt Kühnle (335) die Vorenthaltung als Verhalten, das sich mit dem elterlichen Herausgabeanspruch in Widerspruch setzt, wobei er ein rein untätiges Verhalten als ungenügend betrachtet. Er lehnt sich stark an die deutsche zivilrechtliche Doktrin an, die für das Vorenthalten aktives Handeln voraussetzt, durch das verhindert werden soll, dass die Perso-

330 BGE 99 IV 273

331 § 235 dtStGB; statt vieler: Eser, SS, N. 20f. zu § 235

332 Thormann/Overbeck, N. 6 zu Art. 220; ebenso Logoz, N. 4b zu Art. 220

333 Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, April 1913, Luzern 1914, S. 303

334 vgl. Wurstemberger, S. 87, 92, 96, 109 und 111

335 S. 35f.

nensorgeberechtigten den Aufenthalt des Minderjährigen bestimmen. Passives Verhalten erfüllt nicht die Voraussetzungen des Vorenthaltes (336).

2. Gemäss Rechtsprechung

Gemäss Bundesgericht (337) ist ein Kind dem Berechtigten vorenthalten, wenn der Täter es verbirgt, ihm trotz Aufforderung den Pflegeort nicht bekanntgibt, seinem Befehl, es herauszugeben oder an einen bestimmten Ort zu verbringen, nicht Folge leistet, es an einem vom Berechtigten bestimmten Pflegeplatz wegnimmt oder dergleichen. Zutreffender wäre es meines Erachtens, das Wegnehmen als Entziehung zu qualifizieren.

In BGE 91 IV 231 (338) stellte das Gericht auf die historische Auslegung ab und hielt fest, dass Vorenthalten nichts anderes heisse als Nichtherausgeben, obschon rechtlich herausgegeben werden müsste.

In BGE 92 IV 159 (339) konkretisierte das Gericht die strafbare Handlung und bestätigte seine Rechtsprechung, indem es festhielt, wer die Kinder im Zeitpunkt, wo er sie dem Berechtigten zurückgeben sollte, bei sich behalte, sie ihm im strafrechtlichen Sinne vorenthalte.

Diesen Sachverhalt hatte das Gericht in BGE 110 IV 35ff. (340) zu beurteilen und sprach den Angeklagten wegen Vorenthaltes schuldig.

3. Anwendungsbereich

Die häufigsten Fälle, bei denen das Gericht zu prüfen hat, ob das unmündige Kind vorenthalten wird, betreffen die eigenmächtige Ueberschreitung des Besuchsrechts. Nach Ablauf des für

- 336 Münder Johannes, Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes, in: NJW 86, S. 811, mit Verweisen
- 337 BGE 80 IV 70 (i.S. Distel gegen Distel)
- 338 BGE 91 IV 231 (i. S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kt. ZH) mit Hinweis auf das Votum Zürchers
- 339 i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kt. Appenzell-I.Rh. (wiedergegeben in RS 1967 Nr. 58 und Pra 55 (1966) Nr. 156, S. 547ff.)
- 340 i. S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. BL; aufgeführt in ZöF 82 (1985), S. 13f. und Pra 73 (1984) Nr. 193, S. 524f.

den persönlichen Verkehr eingeräumten Zeitraumes weigert sich der Besuchsberechtigte, das Kind dem Obhutberechtigten herauszugeben (341).

Bezüglich der Dauer der Unterlassung kann auf die entsprechenden Ausführungen zur Entziehung verwiesen werden (342). In BGE 110 IV 37 hatte das Bundesgericht offengelassen, inwieweit auch geringfügige Ueberschreitungen des Besuchsrechts als ein nach Art. 220 StGB beachtliches Vorenthalten oder Entziehen anzusehen sind. Bis anhin hatte das Gericht nur Eingriffe oder Unterlassungen zu beurteilen, deren Zeitdauer eine gewisse Relevanz - mehrere Tage - aufwies.

II. Rechtliche Qualifikation

Das in Art. 220 StGB geforderte Vorenthalten stellt ein echtes Unterlassungsdelikt dar. Jedermann, der die faktische Gewalt über das unmündige Kind innehält, ist verpflichtet, dieses dem Berechtigten herauszugeben. Dies im Gegensatz zum deutschen Strafrecht, das den § 235 als unechtes Unterlassungsdelikt konstruierte, so dass sich des Vorenthalteins nur schuldig machen kann, wer sich in einer Garantenstellung befindet (343).

Häufig fällt die Unterscheidung zwischen aktivem Verhalten und reiner Unterlassung schwer, da der Uebergang fliessend ist. Oft vermeiden daher die Gerichte eine genaue Zuordnung und führen beide Tathandlungen im Urteilsspruch auf (344).

341 Sachverhalt dieser Art in: 91 IV 136ff. (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft BL); 92 IV 156ff. (i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kt. Appenzell-I.Rh.); 104 IV 90ff. (i.S. Y. gegen X.); 105 IV 229ff. (i.S. Y. gegen X.); 108 IV 22ff. (i.S. H. contre Ministère public du canton de Vaud) und 110 IV 35ff. (i.S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. BL)

342 vgl. § 3 A II 3.

343 vgl. dazu: Vogler, LK 10.A., N. 10 zu § 235 und Horn, SK, N. 12 zu § 235

344 Obergerichtsentscheid des Kt. BL vom 15.5.1984, kritisiert in ZöF 82 (1985), S.14; vgl. die analogen Zurordnungsprobleme zwischen Freiheitsberaubung und dem Gefangenhalten im Sinne von Art. 183f. StGB (Egli, S. 45ff. und 50).

Das Bundesgericht qualifiziert ein Verhalten, das nur irgendeine aktive Komponente aufweist, als Entziehung und engt das Vorenthalten auf rein passive Verhaltensweisen ein (345). Somit wird das Vorenthalten zum reinen Unterlassungsdelikt und das Entziehen zum Auffangbecken für alle übrigen Tathandlungen (346).

Einigkeit herrscht in der Lehre bei der Zuordnung des Vorenthaltes des Unmündigen zu den Dauerdelikten (347).

- 345 vgl. insbesondere BGE 99 IV 266ff., in dem das strafbare Verhalten als Entziehung, von Stratenwerth, BT II, S. 99, dagegen als Vorenthalten klassiert wird; BGE 91 IV 136ff.; 92 IV 159
- 346 A.M. noch Logoz, N. 4b zu Art. 220 und Thormann/Overbeck, N. 6 zu Art. 220, die das Vorenthalten nicht ausschliesslich als Unterlassung qualifizieren.
- 347 Hafter, S. 445; Logoz, N. 4b zu Art. 220; Stratenwerth, BT II, S. 99

§ 4 Der Täter war noch nie Inhaber der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt

Diese Konstellation - der Täter ohne elterliche Gewalt - ist rechtlich die unproblematischste, da kein Spannungsverhältnis zwischen einzelnen aus der elterlichen Gewalt fliessenden Rechten besteht. Ich beschränke meine Ausführungen daher auf das Wesentliche.

Bis zum gegenteiligen Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1965 (1) war sich die Lehre und Rechtsprechung einig, dass sich nur derjenige des Entziehens und Vorenthaltens Unmündiger gemäss Art. 220 StGB schuldig machen könne, dem überhaupt keine elterliche oder vormundschaftliche Gewalt über dieses zustehe (2). Der potentielle Täterkreis beschränkte sich somit auf Personen, die noch nie oder nicht mehr Träger der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt waren.

A. Dritter ohne rechtliches Kindesverhältnis zum Kind

In diese Täterkategorie fallen alle Personen, die zum Kind kein rechtliches Verhältnis im Sinne von Art. 252 ZGB aufweisen. Beispielsweise mussten sich schon der Arbeitgeber des Unmündigen (3), ein Journalist (4), die Grossmutter (5) oder der Geliebte des unmündigen Kindes (6) vor den Schranken des Gerichts hinsichtlich Art. 220 StGB zur Verantwortung ziehen lassen.

Die Rechtsstellung der Pflegeeltern möchte ich gesondert unter § 6 im Konnex mit der Obhut behandeln.

- 1 BGE 91 IV 136ff. (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft BL); Näheres dazu in § 6
- 2 Thormann/Overbeck, N. 2 zu Art. 220; Hafter, S. 444; Logoz, N. 2 zu Art. 220; Petrzilka, S. 290; Zürcher, S. 263; Cathomen, S. 89; kritisiert von Clerc, I, S. 220; Urteil der Straf- und Anklagekammer des bernischen Obergerichts vom 5. Juli 1945 i.S. Allenbach Emma (aufgeführt in ZBJV 82 (1946), S. 308f.); Urteil des aargauischen Obergerichts, II. Abteilung, vom 12. Juli 1950 i.S. Margrith Sch. & Kons. (wiedergegeben in AGVE 1950, S. 233ff. und RS 1951 Nr. 145)
- 3 Thurgauischer Obergerichtsentscheid vom 2.7.1964, entnommen dem Rechenschaftsbericht des Obergerichtes über das Jahr 1964, S. 68f., RS 1965 Nr. 60bis und SJZ 62 (1966) Nr. 125
- 4 BGE 99 IV 266ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)
- 5 BGE 101 IV 303ff. (i.S. B. contre C.)
- 6 BGE 92 IV 1ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)

Diese Personengruppe wird kurz aufgeführt, weil prima vista aufgrund ihres Rechtsverhältnisses zum Kind nach Massgabe des Art. 252 ZGB der Eindruck entstehen könnte, sie sei vom Täterkreis auszunehmen oder in bestimmter Weise zu privilegieren. Strafrechtlich werden die nachfolgend aufgeführten Personen in Bezug auf Art. 220 StGB in gleicher Weise behandelt wie die übrigen Täter ohne elterliche Gewalt.

I. Die entmündigte oder unmündige Mutter

Gemäss Art. 296 II ZGB steht den Unmündigen und Entmündigten keine elterliche Gewalt über ihr Kind zu (7). Somit erfährt die zur Tatzeit entmündigte oder unmündige Mutter keinen Schutz durch Art. 220 StGB und kann dieses Delikt ebenso begehen wie ein Dritter ohne Kindesverhältnis, da ihr die elterliche Gewalt oder einzelne Teilbefugnisse daraus fehlen.

II. Der aussereheliche Vater

Das rechtliche Kindesverhältnis des Vaters zum Kinde der unverheirateten Mutter kann nur durch Anerkennung oder Vaterschaftsklage hergestellt werden (Art. 252 II in Verbindung mit Art. 260 und 261 ZGB). Von Gesetzes wegen steht die elterliche Gewalt der unverheirateten Mutter zu (Art. 298 I ZGB). Der aussereheliche Vater mit rechtlichem Kindesverhältnis wird erst Träger des von Art. 220 StGB geschützten Rechtsgutes, falls ihm die elterliche Gewalt unter den in Art. 298 II ZGB aufgeführten Voraussetzungen durch die Vormundschaftsbehörde (8) übertragen wird.

Ansonsten kann er sich wie die übrigen Dritten des Entziehens oder Vorenthalzens seines eigenen Kindes gemäss Art. 220 StGB schuldig machen.

7 vgl. dazu § 1 A II

8 zur restriktiven Praxis der Behörden vgl. § 1 A II und insbesondere die von Max Hess in Anlehnung an Tino Jorio aufgestellte Checkliste für die Uebertragung der elterlichen Gewalt an den ausserehelichen Vater mit rechtlichem Kindesverhältnis (Neues Kindesrecht - Konsequenzen für die Sozialarbeit. Der aussereheliche Vater und sein Kind, in: ZÖF 75 (1978), S. 28f.); vgl. auch die von Brauchli, S. 53 und 55ff. aufgestellten Zuteilungskriterien

§ 5 Täter war ursprünglicher Inhaber der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt

Dieser Tätergruppe ist gemeinsam, dass sie ursprünglich Gewaltinhaber über das von ihnen entzogene oder vorenthaltene Kind war. Auch sie kann gemäss Rechtsprechung und Lehre (9) den Straftatbestand des Art. 220 StGB erfüllen, ohne eine Sonderbehandlung geniessen zu können.

A. Entmündigte Mutter oder entmündigter Vater

Sobald die Gewaltinhaber gemäss den Art. 369ff. ZGB entmündigt werden, verlieren sie die bisher über ihre Kinder ausgeübte elterliche Gewalt ipso iure (Art. 296 II ZGB).

Nunmehr werden sie vom Tatbestand des Art. 220 StGB ebenso erfasst wie die Täter, die niemals das Sorgerecht ausgeübt haben.

B. Entziehung der elterlichen Gewalt als zivil- oder strafrechtliche Kindesschutzmassnahme

I. Entziehung der elterlichen Gewalt durch die vormundschaftlichen Behörden (Art. 311f. ZGB) (10)

1. Die ordentliche Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 311 ZGB

Sie ist die einschneidendste Kindesschutzmassnahme und unterliegt folgenden strengen Voraussetzungen:

1. Das Subsidiaritätsprinzip muss gewahrt werden (Art. 311 I ZGB);
2. alternatives Vorliegen eines gesetzlichen Entziehungsgrundes, der vom Verschulden der Eltern unabhängig ist:
 - a) objektive Unfähigkeit des Gewaltinhabers im Sinne von Art. 311 I Ziff. 1 ZGB;
 - b) bisheriges Verhalten des Gewaltinhabers, welches das Kindeswohl schwer gefährdet hat (deskriptiv in Art. 311 I Ziff. 2 ZGB).

9 vgl. die in FN. 2 dieses Kapitels aufgeführten Autoren und Entscheide

10 vgl. Näheres dazu bei: Hegnauer, Grundriss, S. 156ff.; Näf-Hofmann, S. 95ff.; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 109ff.; Jorio, S. 124ff. und 132ff.; Schneider, SJK 334, S. 14ff.; Gianola, S. 8ff.

Die Entziehungsvoraussetzungen müssen von jedem Erziehungsberechtigten persönlich erfüllt werden. Die Entziehung wirkt unbefristet, mangels ausdrücklicher Anordnung gegenüber allen, auch den später geborenen Kindern (Art. 311 III ZGB) (11) und darf auf keinen Fall vor Ablauf eines Jahres seit ihrer Anordnung aufgehoben werden (Art. 313 II ZGB).

Sachlich zuständig für die Entziehung ist die vormundschaftliche Aufsichtsbehörde (Art. 311 I ZGB), deren Entscheid der Berufung ans Bundesgericht unterliegt (Art. 44 lit. d OG). Ist die vormundschaftliche Behörde keine richterliche, so muss das kantonale Recht zusätzlich den Weiterzug an eine kantonale richterliche Instanz ermöglichen (Art. 314 Ziff. 1 ZGB).

Oertlich zuständig für die Anordnung der Kindesschutzmassnahmen sind konkurrierend die vormundschaftlichen Behörden am Wohnsitz oder am Aufenthaltsort des Kindes (Art. 315 I und II ZGB) (12).

2. Die erleichterte Entziehung der elterlichen Gewalt gemäss Art. 312 ZGB

Sie kann von der Vormundschaftsbehörde angeordnet werden, wenn die Eltern aus wichtigen Gründen (beispielsweise die in Art. 311 I Ziff. 1 ZGB genannten Umstände) darum nachsuchen oder in eine künftige Inkognito- oder Blancoadoption des Kindes eingewilligt haben (Art. 312 Ziff. 1 und 2 ZGB).

- 11 vgl. dazu Hegnauer Cyril, Die Entziehung der elterlichen Gewalt gegenüber später geborenen Kindern (Art. 311 III ZGB), in: ZVW 33 (1978), S. 137ff.; seiner Meinung nach ist Art. 311 III ZGB nur auf Kinder, die den Eltern in der gleichen familienrechtlichen Situation geboren werden, anzuwenden.
- 12 vgl. Näheres bei Hegnauer Cyril, Zur örtlichen Zuständigkeit für die Anordnung und Führung von Kindesschutzmassnahmen nach Art. 315 ZGB, in: ZVW 38 (1983), S. 106ff.; id., Zur örtlichen Zuständigkeit zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen bei Aufhebung der Vormundschaft über die Eltern (Art. 315 ZGB), in: ZVW 37 (1982), S. 146f.; Gianola, S. 120ff.; Henkel, S. 135ff.

II. Entziehung der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt durch den Strafrichter (Art. 53 StGB) (13)

Der Strafrichter kann als Nebenstrafe die Entziehung der Gewalt anordnen, sofern:

1. Der Gewaltinhaber schuldhaft ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat. Liegt eine Uebertretung vor, darf Art. 53 StGB nur angewendet werden, falls dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht (Art. 104 II StGB);
2. durch eben dieses Verhalten die elterliche resp. vormundschaftliche Pflicht verletzt wurde (14);
3. der Fürsorgeberechtigte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Die Anordnung einer sichernden Massnahme wird äquivalent behandelt.

Der Strafcharakter dieser Nebensanktion zeigt sich darin, dass die Entziehung auch ausgesprochen werden kann, wenn sie das Kindeswohl nicht verlangt (15).

Die Wirkung tritt ex officio mit der Rechtskraft des Urteils ein und ist unbefristet. Eine Rehabilitation darf erst nach frühestens zwei Jahren seit Vollzug des Urteils auf Begehren des Verurteilten ausgesprochen werden (Art. 78 StGB). Sie erfolgt unabhängig von dessen Fähigkeit, die Gewalt wieder pflichtgemäss auszuüben, sondern wird ausgesprochen, sofern sein Verhalten die Wiedereinsetzung rechtfertigt und er den zugefügten Schaden er-

- 13 vgl. Näheres bei Fröhlicher Werner, Die strafrechtliche Entziehung der elterlichen Gewalt oder Vormundschaft, Diss. Zürich 1934, und Cathomen, S. 137-140
- 14 Die Unfähigkeit, die elterliche Gewalt auszuüben, ist Rechtsfolge der Nebenstrafe, nicht deren Voraussetzung (BGE 89 IV 2).
- 15 BGE 89 IV 2; die strafbare Handlung muss nicht zum Nachteil der Kinder begangen worden sein, es genügt die dadurch verursachte elterliche Pflichtverletzung (Entscheid des Kassationsgerichtes Vaud vom 26.10.1942, in: RS 1943 Nr. 41); a.M. Cathomen, S. 138f.

setzt hat (16). Die Entziehung bezieht sich auf alle Kinder und ist unabhängig von der zivilrechtlichen. Strafrechtliche Massnahmen gehen den zivilrechtlichen vor (17). Die strafrechtliche Entziehung wird nicht durch den bereits von der Vormundschaftsbehörde angeordneten Entzug gegenstandslos; "das ergibt sich schon daraus, dass die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung in die elterliche Gewalt als Massnahme der Rehabilitation (Art. 78 StGB) strenger sind als die Voraussetzungen der zivilrechtlichen Wiederherstellung der Gewalt (Art. 287 ZGB)." (18)

Werden der Vormund oder der Beistand gemäss Art. 53 I StGB ihres Amtes enthoben, so sind sie künftig generell unfähig, ein solches Amt zu bekleiden. Die Strafrechtsfolge des Art. 53 I StGB ist extensiver als die zivilrechtliche Bestimmung des Art. 445 ZGB.

Sind die Voraussetzungen des Art. 53 I StGB nicht erfüllt, so muss der Strafrichter, sofern er den verurteilten Gewaltinhaber gleichwohl infolge dessen Delinquenz für unwürdig hält, die Fürsorge auszuüben, Mitteilung an die zuständige Vormundschaftsbehörde machen, damit diese die adäquaten zivilrechtlichen Kindeschutzmassnahmen anordnen kann (Art. 53 II StGB).

16 BGE 89 IV 2f.; a.M. Cathomen, S. 140

17 BGE 70 IV 112ff.

18 BGE 89 IV 3

I. Durch Scheidungsurteil

Bei der Scheidung muss der Richter einem Elternteil die elterliche Gewalt allein zuteilen (Art. 297 III in Verbindung mit Art. 156 I ZGB). Eine gemeinschaftliche elterliche Gewalt nach der Auflösung der Ehe ist dem schweizerischen Recht fremd. Notwendigerweise ist daher die Gewalt einem Elternteil abzuerkennen. Die Zuständigkeit des Scheidungsrichters, die Kinder zuzuteilen, ist grundsätzlich ausschliesslich und umfassend. Er ist auch ermächtigt, sofern die in Art. 311f. ZGB geforderten Voraussetzungen erfüllt sind, beiden Elternteilen die Gewalt zu entziehen und das Kind unter Vormundschaft zu stellen (19). Seine Kompetenz wird hingegen eingeschränkt durch die Bindung an diesbezüglich gefällte Entscheide, die dem Scheidungsverfahren vorangegangen sind (Art. 315a II Ziff. 1 ZGB); namentlich, falls die vormundschaftlichen Behörden die elterliche Gewalt beiden Eltern oder einem Elternteil bereits nach Massgabe der Art. 311f. ZGB entzogen haben (20); oder, wenn schon vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 - 310 ZGB angeordnet worden sind (21). Genauso gebunden ist der Scheidungsrichter an das ausgefallte Nebenstrafurteil in Anwendung von Art. 53 StGB und an die Anordnung jugendstrafrechtlicher Massnahmen.

Die ausschliessliche Zuständigkeit wird zudem zugunsten derjenigen der vormundschaftlichen Behörden durchbrochen, wenn die sofort nötigen Kindesschutzmassnahmen vom Richter voraussichtlich nicht rechtzeitig getroffen werden können (Art. 315a II Ziff. 2) (22).

- 19 Hingegen wird gemäss BGE 96 II 75 der richterliche Entzug der elterlichen Gewalt von weniger strengen Voraussetzungen abhängig gemacht als nach aArt. 285 ZGB, da durch die alleinige Ausübung die Anforderung an die Fähigkeiten des Gewaltinhabers steigen.
- 20 vgl. Bühler/Spühler, N. 22ff. zu Art. 156
- 21 vgl. Bühler/Spühler, N. 25ff. zu Art. 156
- 22 Näheres zur Kompetenzabgrenzung zwischen Scheidungsrichter und vormundschaftlichen Behörden bei: Bühler/Spühler, N. 29 zu Art. 156; Gianola, S. 12, 22ff., 38ff., 44, 60; Hegnauer, Grundriss, S. 161f.; id., Zur Abgrenzung der Kinderschutzbefugnisse der vormundschaftlichen Behörden und des Scheidungsrichters (Art. 315a Abs. 1 und 2 Ziff. 1 ZGB), in: ZVW 36 (1981), S. 58-67; ZR 84 (1985) Nr. 127, S. 284ff. (hinsichtlich der Kompetenzabgrenzung zum Richter im Abänderungsverfahren)

Die Zuteilung der Kinder an den einen Elternteil und die gleichzeitige Aberkennung der Gewalt gegenüber dem andern als rechtsaufhebender Gestaltungsakt werden vom richterlichen Ermessen beherrscht, wobei das Kindeswohl als oberste Richtschnur zu gelten hat. Das Bundesgericht hat in jahrelanger Praxis Kriterien herausgeschält, um den Kindeswohlgedanken - als fundamentale Regel der schweizerischen Rechtsordnung, die dem *ordre public* zuzurechnen ist (23) - anhand der zu berücksichtigenden Umstände inhaltlich zu konkretisieren. Hausheer (24) versuchte, die der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts zu entnehmende Hierarchie der Werte bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt im Scheidungsfall in eine Rangfolge zu bringen: Bis zum 10. Lebensjahr des Kindes dominiert die unmittelbare Mutter-Kind-Beziehung, die nur dem Vorbehalt schwerwiegender moralischer oder erzieherischer Mängel seitens der Mutter untersteht. In BGE 109 II 194 (25) hielt das Bundesgericht ausdrücklich fest, dass sich "die Bedingungen des partnerschaftlichen und familiären Zusammenlebens, abgesehen von vorerst vereinzelt Fällen, noch keineswegs derart verändert haben, dass es sich rechtfertigen würde, vom Grundsatz der mütterlichen Vorgabe abzugehen".

Hingegen darf dieser Grundsatz nicht schematisch und stur angewendet werden, sofern die für die harmonische Entwicklung des Kindes erforderliche Stabilität beim Vater als besser gewährleistet erscheint. So sprach das Bundesgericht in BGE 111 II 225ff. (26) den 5-jährigen Sohn dem Vater zu, der zwar nur eine beschränkte Direktbetreuung garantierte, aber glaubhaft machte, dass sich seine Freundin vollzeitlich um das Kind kümmere. Die Mutter hatte nach Ansicht des Gerichts keine wirklich ernsthafte Alternative zu bieten, da sie in ihren Lebensverhältnissen zu wenig stabil und vor allem in ihren Zukunftsplänen unbeständig sei.

Bei über 10-jährigen Kindern verliert die unmittelbare Mutter-Kind-Beziehung ihre grundsätzliche Dominanz, sofern der die Kinder selber betreuende Vater überwiegende soziale, bildungsmässige und wirtschaftliche Vorteile aufweist.

23 BGE 96 I 391; vgl. zum Inhalt des Kindeswohles bei der Kinderzuteilung Brauchli, S. 64ff., 156f., 176ff. und 201f.

24 Die Zuteilung der elterlichen Gewalt im Scheidungsverfahren nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: ZVW 38 (1983), S. 121-136 (insbesondere S. 131f.)

25 wiedergegeben in ZöF 81 (1984), S. 158f.

26 wiedergegeben in ZVW 41 (1986), S. 64ff.

"Den zweiten Platz beansprucht die nur beschränkt unmittelbare Mutter-Kind-Beziehung gegenüber Kleinkindern bis zum zehnten Altersjahr; und gegenüber ältern Kindern, wenn nicht auf seiten des Vaters besondere soziale, erzieherische und wirtschaftliche Vorteile in Erscheinung treten" (27).

Tertiär ist der sozialpsychisch vollständigen Familie gegenüber dem alleinerziehenden Elternteil der Vorrang einzuräumen, sofern eine unmittelbare oder beschränkt direkte Mutter- Kind-Beziehung nicht zu verwirklichen ist. Dabei dominiert in der Regel das Stiefvaterverhältnis das Stiefmutterverhältnis.

Die Stabilität der bestehenden und künftigen Verhältnisse (28) sowie die wirtschaftliche Besserstellung eines Elternteils gewinnen um so mehr an Bedeutung, als eine umfassende oder beschränkte unmittelbare Mutter-Kind-Beziehung entfällt.

Einzig auf diese Kriterien stellte das Bundesgericht (29) ab, als es zwei Schulkinder dem Vater zuteilte, obwohl die Mutter sie direkt betreut hätte, da sie in wesentlich unsicheren Verhältnissen lebte als ihr Ex-Ehemann, und ein Kind einen Schulwechsel hätte in Kauf nehmen müssen.

"Die besondere Zuneigung der betroffenen Kinder gilt es vor allem im Alter der Pubertät und der Adoleszenz zu beachten, sofern nicht die gemeinsame Erziehung aller Geschwister etwas anderes gebietet" (30).

Des weiteren gilt der Grundsatz der Einheitlichkeit der elterlichen Gewalt; Obhut und elterliche Gewalt sollten nicht auseinanderklaffen (31).

Die Kinderzuteilung ist nicht schlechthin dem Parteiwillen entzogen. Art. 158 Ziff. 5 ZGB lässt Vereinbarungen über die Nebenfolgen der Scheidung allgemein, also auch mit Bezug auf die Kinderzuteilung, zu und macht die Gültigkeit solcher Konventionen (32) ebenfalls allgemein von der richterlichen Genehmigung ab-

27 Hausheer, a.a.O., S. 131

28 wie Umwelt, Freundschaften, Schule, Sprachregion, Kulturkreis etc.

29 Entscheid vom 11. Juli 1985, wiedergegeben in ZVW 41 (1986). S. 68ff.

30 Hausheer, a.a.O., S. 132

31 BGE 94 II 1ff.; Bühler/Spühler, N. 147f. zu Art. 156

32 Näheres zur Konvention: vgl. statt vieler Bühler/Spühler, N. 142ff. zu Art. 158

hängig. Hingegen sind die Voraussetzungen der Genehmigung nicht identisch mit denen bei vermögensrechtlichen Vereinbarungen, die nur dann abgelehnt werden, wenn sie zu einer Uebervorteilung führen oder von der gesetzlichen Regelung in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise abweichen (33). Bei Absprachen über die Kinderzuteilung hat "der Richter stets darüber zu wachen, dass die Interessen der Kinder gewahrt bleiben" (34). Parteivereinbarungen werden dadurch aber nicht unbeachtlich. "Vielmehr kann der Umstand, dass die Parteien sich verständigt haben, die Entscheidung des Richters über die Kinderzuteilung mitbeeinflussen" (35).

II. Durch Trennungsurteil

Lautet die Klage auf Trennung (Art. 143, 146ff. ZGB), so kann der Richter die elterliche Gewalt einem Elternteil allein zusprechen, er ist dazu aber nicht wie bei der Scheidung verpflichtet (Art. 297 II ZGB). Er hat aber die nötigen Verfügungen bezüglich der Gestaltung der Elternrechte zu treffen (Art. 156 ZGB).

Das Kindesinteresse fordert in der Regel die Zuteilung der elterlichen Gewalt an einen Ehegatten, um zu verhindern, dass eheliche Beziehungsprobleme verdeckt im Rahmen der Kindererziehung ausgetragen werden (36). Davon kann abgesehen werden, falls die Trennung eine Aussicht auf Wiedervereinigung zulässt und Gewähr geboten wird, dass das Kind nicht zum Streitobjekt degradiert wird. Sodann hat der Richter infolge der Auflösung der Hausge-

33 BGE 93 II 158

34 BGE 93 II 158 mit Verweis auf BGE 60 II 171; bestätigt in BGE 94 II 2 und 107 II 12

35 BGE 93 II 159 mit Verweis auf BGE 60 II 171f.

36 gl.M. Bühler/Spühler, N. 129 zu Art. 156 mit Verweis auf BBl 1974 II 71 und Jorio, S. 261 und 263

meinschaft die Obhut (37) über die Kinder dem einen Ehegatten zuzuteilen. Der Wohnsitz der Kinder bestimmt sich nach demjenigen des Obhutinhabers (38).

Wird die uneingeschränkte eheliche Gemeinschaft wiederhergestellt, lebt die elterliche Gewalt desjenigen, dem sie aberkannt oder beschränkt worden ist, wieder auf (39).

Des weiteren kann sinngemäss auf die Ausführungen zur Scheidung verwiesen werden (40).

III. Durch vorsorgliche Massnahme (41)

Ist die Klage auf Trennung oder Scheidung rechtshängig, so trifft der Richter die nötigen vorsorglichen Massregeln auch in bezug auf die Versorgung der Kinder (Art. 145 ZGB) (42). Art. 297 II ZGB ermächtigt den Richter, die elterliche Gewalt einem Ehegatten zuzuweisen. Der vorläufige Charakter und die Funktion der vorsorglichen Massnahme gebieten hingegen eine restriktive Ausschöpfung dieser Kompetenz.

So betonte das Bundesgericht im Entscheid 111 II 224 (43), dass das Verfahren nach Art. 145 ZGB lediglich summarisch sei, und der Richter in aller Regel noch nicht die nötigen Abklärungen getroffen habe, um definitiv beurteilen zu können, welchem Elternteil im Scheidungsurteil bei der Kinderzuteilung der Vorzug zu geben ist. Wird bereits im Massnahmeverfahren zu stark auf

37 vgl. zur Obhut § 1 A III 2. und § 6

38 Bühler/Spühler, N. 134 zu Art. 156 mit Hinweis auf die h.L.

39 Bühler/Spühler, N. 135 zu Art. 156

40 § 5 C I

41 vgl. Näheres zu Funktion und Inhalt Bühler/Spühler, N. 11ff. zu Art. 145

42 vgl. zur Kompetenzabgrenzung zum Eheschutzrichter: Bühler/Spühler, N. 30ff. zu Art. 145; ZR 84 (1985) Nr. 76, S. 182; BGE 111 II 308ff., BGE 104 II 246ff. und 101 II 1ff.; Entscheid der I. Zivilkammer des Bernischen Appellationsgerichtes vom 27.12.1979 i.S. F. gegen F., in: ZBJV 117 (1981), S. 461ff.

43 in Uebereinstimmung mit der h.L.; vgl. Bühler/Spühler, N. 200 zu Art. 145 und die dort aufgeführten Autoren

den Grundsatz der Stabilität abgestellt, dem gemäss Tendenz der neueren Rechtsprechung (44) bei der definitiven Kinderzuteilung grösseres Gewicht beigemessen wird, besteht die Gefahr, dass der provisorischen Regelung präjudizielle Wirkung für die endgültige Zuweisung der Kinder im Scheidungs- oder Trennungsurteil zukommt und der Kampf um die Kinder in dieses Stadium des Verfahrens vorverlegt wird. Der Massnahmerichter hat sich daher mit der Uebertragung der Obhut an den Elternteil zu begnügen, bei dem die Kinder für die Zeit des Scheidungsverfahrens besser aufgehoben sind und der grössere Gewähr dafür bietet, dass sie während der Prozessdauer in der vertrauten Umgebung verbleiben können. Der Entscheid für die Zukunft muss dem Richter im ordentlichen Verfahren überlassen bleiben. Anderer Ansicht ist Blum (45), der die Aufgabe des Massnahmerichters darin sieht, "eine Lösung zu suchen, die sich mit derjenigen des Scheidungs- oder Trennungsurteils weitgehend deckt, um die Kinder nicht unnötigerweise Veränderungen auszusetzen, welche ihrer kontinuierlichen Entwicklung abträglich sein können". Er fordert daher im Namen des Kindeswohles auch im Massnahmeverfahren eine gründliche und unter Umständen zeitraubende Abklärung aller wesentlichen Faktoren.

IV. Durch Eheschutzurteil (46)

Gemäss Art. 297 II ZGB ist der Eheschutzrichter befugt, einem Elternteil allein die elterliche Gewalt zuzusprechen. In Anbetracht der Funktion dieses Rechtsinstitutes - Erhaltung der ehelichen Gemeinschaft - hat er diese Kompetenz zurückhaltend auszuüben und wird sich in der Regel auf die Zuweisung der Obhut beschränken (47). Hingegen ist dem Eheschutzrichter verwehrt,

44 vgl. die Ausführungen zur Kinderzuteilung unter § 5 C I

45 S. 173f.

46 vgl. näheres zum Eheschutzverfahren bei Georgii; Graf, insbesondere S. 71ff. und 142ff.; Voegelin, S. 10ff. und 118ff.; Brauchli, S. 61ff.; Blum, S. 158ff.; Gianola, S. 31ff.; Hegnauer Cyril, Grundriss des Eherechts, Bern 1979, S. 117ff.; Bühler/Spühler, N. 13 und 137 zu Art. 156; Jäggi Peter, Vom Schutz der ehelichen Gemeinschaft, in: Privatrecht und Staat, Gesammelte Aufsätze, Zürich 1976, S. 93-101

47 statt vieler Bühler/Spühler, N. 63 und 139 zu Art. 156; Georgii, S. 25f.

beiden Elternteilen die Fürsorge abzuerkennen oder beiden die Obhut zu entziehen, da ihm gemäss herrschender Lehre die Zuständigkeit fehlt, Kindesschutzmassnahmen im engeren Sinne gemäss den Art. 307ff. ZGB zu erlassen (48). Auch das neue Eherecht (49) sieht insofern in den Art. 172 I und 176 III rev.ZGB nach Ansicht Georgiis (50) keine Kompetenzerweiterung vor, da mit dem Verweis auf die Wirkungen des Kindesverhältnisses Art. 315a ZGB nach herrschender Lehre weiterhin den Eheschutzrichter vom Erlass von Kindesschutzmassnahmen im engeren Sinne ausschliesst. Anderer Meinung ist hingegen Frank (51), der in die in Art. 172 I rev.ZGB erwähnten "wichtigen Angelegenheiten" nicht nur "solche der ehelichen, sondern auch jene der Familiengemeinschaft, also unter Einschluss der Kinder", miteinschliesst. Dieser Ansicht möchte ich mich anschliessen, um so mehr als Art. 172 I rev.ZGB an erster Stelle expressis verbis die Pflichtverletzung gegenüber der Familie (52), und erst an zweiter Stelle diejenige gegenüber dem Ehegatten als Sachvoraussetzung für die Zuständigkeit des Eheschutzrichters aufstellt.

Die Ausgestaltung des Eheschutzverfahrens wird weitgehend vom Bundesrecht beherrscht. Die Verfahrensart und die Detailregelung werden hingegen vom kantonalen Recht bestimmt. So hat der Kanton Zürich das Eheschutzverfahren zwar dem summarischen Verfahren

48 vgl. zum Stand der Lehre bezüglich der Kompetenzabgrenzung zwischen Eheschutzrichter und vormundschaftlichen Behörden die Kompilation bei Georgii, S. 24, insbesondere S. 126ff. und Girard, chapitre 5.1. (Paginierung fehlt)

49 Die Gesetzesvorlage wurde in der Volksabstimmung vom 22.9.85 mit 921593 Ja-Stimmen gegen 762962 Nein-Stimmen angenommen und wird am 1.1.1988 in Kraft treten.

50 S. 130f. und 138f.

51 S. 36

52 primär die Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern umfassend

zugewiesen (§ 215 lit. b Ziff. 7 ZPO), es faktisch aber durch die fehlende Ueberweisungsmöglichkeit bei Illiquidität zum ordentlichen ausgestaltet (§ 216 ZPO) (53). Auch im Eheschutzverfahren sind vorsorgliche Massnahmen, sei es analog zu Art. 145 ZGB oder nach § 204 in Verbindung mit § 110 ZPO zulässig, ebenso superprovisorische Verfügungen bei Dringlichkeit gemäss § 110 II ZPO (54).

Der Entscheid über die Zuteilung der Kinder untersteht dem Ermessen des Eheschutzrichters (55).

V. Durch Abänderungsurteil

Dem potentiellen Täter als ursprünglichem Gewaltinhaber kann die Fürsorge auch nachträglich im Abänderungsverfahren (56) entzogen werden oder bereits mit einer vorsorglichen Massnahme innerhalb dieses Verfahrens (57).

Hingegen muss die durch Heirat, Wegzug oder Tod eines Elternteils oder aus andern Gründen bedingte Aenderung eine Neuregelung der Elternrechte zwingend erfordern. Eine Abänderung "bei nur unwesentlichen Aenderungen der Verhältnisse würde dem Interesse der Kinder, das eine möglichst ruhige und konstante Erziehung verlangt, zuwiderlaufen. Ob eine Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist, die auch die Abänderung der Elternrechte erfordert, ist nach der Gesamtheit der Umstände, vor allem unter Berücksichtigung der Interessen der Kinder, zu entscheiden" (58).

53 vgl. Näheres bei Schmid Hans, Das Eheschutzverfahren nach der neuen Zürcher Zivilprozessordnung, in: SJZ 74 (1978), S. 321-331 und Sträuli/Messmer, N. 8f. zu § 216

54 vgl. FN. 53 dieses Kapitels

55 Art. 156 ZGB findet grundsätzlich auch Anwendung im Eheschutzverfahren; vgl. Bühler/Spühler, N. 13 zu Art. 156

56 vgl. dazu Bühler/Spühler, N. 4ff. zu Art. 157 und Hinderling Hans, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Zusatzband zur 3. Auflage, Zürich 1981, S. 116ff.

57 Art. 145 ZGB findet auch Anwendung im Abänderungsverfahren, vgl. dazu Bühler/Spühler, N. 6 zu Art. 145

58 BGE 100 II 78; vgl. zu den Abänderungsgründen: Bühler/Spühler, N. 73ff. zu Art. 157 und speziell die Abänderungsgründe im Zusammenhang mit der elterlichen Gewalt, N. 130ff. zu Art. 157; Hinderling, a.a.O., S. 117.

Ausschlaggebendes Ermessenskriterium ist auch hier das Kindeswohl.

Zur Abänderungsklage legitimiert sind gleichberechtigt neben der Mutter oder dem Vater, unabhängig von ihrer Inhaberschaft der elterlichen Gewalt und einem unmittelbaren eigenen Interesse, die Vormundschaftsbehörden (59). "Die Parteistellung sowohl als Klägerin wie als Beklagte kommt der (nach Art. 376 ff örtlich zuständigen) Vormundschaftsbehörde kraft Gesetzes zu; sie führt den Prozess als Kindesschutzorgan von Amtes wegen im Interesse der Kinder" (60).

D. Der Vormund nach Ablauf seiner Amtsdauer (Art. 415, 442f. ZGB) oder nach Amtsenthebung (Art. 445 ZGB)

Der Vormund wird in der Regel von der Vormundschaftsbehörde (Art. 379 I und 385 I ZGB) für die Dauer von zwei Jahren ernannt (Art. 415 I ZGB). Durch deren einfache Bestätigung verlängert sich seine Amtsdauer um weitere zwei Jahre (Art. 415 II ZGB). Erst nach Ablauf von vier Jahren ist der Vormund befugt, die Weiterführung der Vormundschaft abzulehnen (Art. 415 III ZGB) (61).

Das Amt des Vormundes ist beendet (62), sofern:

- keine erneute Bestätigung erfolgt (Art. 442 in Verbindung mit Art. 415 II ZGB);
- der Vormund die Weiterführung nach vier Jahren ablehnt (Art. 415 III ZGB);
- der Vormund handlungsunfähig wird (Art. 441 ZGB);
- ein Ausschluss- oder Ablehnungsgrund in der Person des Vormundes auftritt (Art. 443 ZGB);
- der Vormund seines Amtes enthoben wird (Art. 445 ZGB).

Alle andern Beendigungsgründe (63) sind im Konnex mit der potentiellen Täterschaft des Vormundes bezüglich Art. 220 StGB irrelevant.

59 vgl. zur Legitimation im Abänderungsverfahren Bühler/Spühler, N. 64ff. zu Art. 157

60 Bühler/Spühler, N. 65 zu Art. 157

61 vgl. Riemer, N. 133 zu § 4

62 vgl. dazu Näheres bei Tuor/Schnyder, S. 402ff.

63 vgl. dazu Riemer, N. 173f. zu § 4; Tuor/Schnyder, S. 402ff.

Abschliessend sei pro memoria erwähnt, dass sich die Tätergruppe der ursprünglichen Inhaber der elterlichen Gewalt nicht auf den Schutz des Art. 220 StGB berufen kann. Sollten die ursprünglichen Gewaltinhaber den jetztigen ihre eigenen Kinder vorenthalten oder entziehen, so werden sie aufgrund des Art. 220 StGB genauso zur Verantwortung gezogen wie Dritte.

So sah beispielsweise das Bundesgericht (64) den Tatbestand des Art. 220 erfüllt, als die Mutter, der die elterliche Gewalt durch das Scheidungsurteil aberkannt worden war, das ihr eingeräumte Besuchsrecht eigenmächtig überschritt.

Nach neuester bundesgerichtlichen Rechtsprechung (65) kann auch der Ehegatte, dem durch eine im Ausland ausgesprochene vorsorgliche Massnahme im dort hängigen Trennungsverfahren die elterliche Gewalt aberkannt wurde, Täter im Sinne des Art. 220 StGB gegenüber seinem die Gewalt ausübenden Ehepartner sein. Dies, obwohl die Vollstreckbarkeit dieser Verfügung in der Schweiz aus Ueberlegungen des ordre public fragwürdig wäre, da sie in Abwesenheit des Täters angeordnet wurde. Denn nach Ansicht des Gerichts hatte sich der Täter, indem er trotz späterer Gelegenheit unter Wahrung seiner Parteirechte kein Abänderungsbegehren gestellt hatte, dieser Kinderzuteilung für die Dauer des Prozesses stillschweigend unterzogen (66).

64 BGE 104 IV 90ff. (i.S. Y. gegen X.)

65 BGE 110 IV 35ff. (i.S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Basel-Landschaft) wiedergegeben in Pra 73 (1984) Nr. 193, S. 524f. und ZöF 82 (1985), S. 13f.

66 BGE 110 IV 37

In strafrechtlicher und sozialpsychologischer Hinsicht entstehen die grössten Probleme, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt seine Kinder dem andern gewaltausübenden Elternteil entzieht oder vorenthält. Die analoge Problematik stellt sich im Verhältnis vom Vormund zum Mitvormund oder zu den vormundschaftlichen Behörden. Hier kollidieren die Rechte der einzelnen Gewaltinhaber. Es erstaunt daher nicht, dass die meisten vom Bundesgericht zu beurteilenden Fälle bezüglich Art. 220 StGB diese Täterkategorie betreffen.

Es gilt daher, die Rechtsstellung der Gewaltinhaber gegeneinander abzuwägen und festzulegen, welcher das Primat und der strafrechtliche Schutz des Art. 220 StGB zukommt.

Das Bundesgericht brach im Jahre 1965 (67) mit der herrschenden Lehre und Gerichtspraxis (68), indem es den Täterkreis des Art. 220 StGB erweiterte. Bis dahin konnten sich die Eltern, solange sie im Besitze der elterlichen Gewalt waren, nicht des Vorenthaltens oder Entziehens ihrer Kinder schuldig machen. Initiiert wurde die bundesgerichtliche Praxisänderung durch eine Nichtigkeitsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Baselland vom 12.3.1965, der das Urteil des Strafgerichts vom 22.2.1965 schützte (69). Das Basler Strafgericht befand den Vater, der seine Kinder unter dem Vorwand, er wolle das Besuchsrecht ausüben, nach Italien entführt hatte, des Vorenthaltens und Entziehens für schuldig und verurteilte ihn zu vier Monaten Gefängnis unbedingt. Die gerichtliche Argumentation baute auf der subjektiv historischen und teleologischen Auslegung des

67 BGE 91 IV 136ff. (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basellandschaft) wiedergegeben in RS 1966 Nr. 162; JT 113 (1965) IV, S. 143ff. und Pra 54 (1965) Nr. 120, S. 359ff.

68 vgl. die in FN. 2 dieses Kapitels aufgeführten Autoren und Gerichtsentscheide

69 abgedruckt in BJM 1966, S. 34ff.

Art. 220 StGB auf. Mit Verweisen auf die Voten der Experten (70), National- (71) und Ständeräte (72) betonte das Gericht, es widerspräche dem Willen des Gesetzgebers, die Täterschaft zu Art. 220 StGB von der Entziehung der Gewalt abhängig zu machen. Es sei lediglich davon gesprochen worden, dass dem als Täter in Frage kommenden Elternteil "das Erziehungsrecht genommen sei" (73). Da der Mutter durch vorsorgliche Massnahme des Eheschutzrichters die Obhut über die Kinder zugewiesen worden war, sei dem Vater die elterliche Gewalt "zwar nicht gänzlich entzogen, jedoch in der entscheidenden Frage beschränkt". Bezüglich der Wahl des Aufenthaltsortes fehle dem Angeklagten das Mitspracherecht, und er sei daher in diesem Punkt demjenigen gleichzustellen, der überhaupt über keine elterliche Gewalt verfüge (74).

Das Bundesgericht beschränkte sich in seinen Erwägungen (75) auf die Feststellung, dass durch Art. 220 StGB die Obhut (76) gegenüber dem andern Gewaltinhaber in gleicher Weise wie gegenüber Dritten geschützt werde. "Dass dieser andere Elternteil nach herrschender Lehre trotz Einschränkung in seiner Verfügungsbeziehung über die Kinder noch als Mitinhaber der elterlichen Gewalt angesehen wird, ändert in diesem Zusammenhang nichts" (77).

Das Bundesgericht privilegierte somit die Rechtsstellung des Obhutinhabers gegenüber derjenigen des Inhabers der Restgewalt und bejahte deren strafrechtlichen Schutz durch Art. 220 StGB (78).

70 Zürcher, S. 303 und Lang, S. 304 des Protokolls der zweiten Expertenkommission, Band III, April 1913, Luzern 1914

71 Seiler, Berichterstatter der Mehrheit, in: Stenographischer Verhandlungsbericht des NR vom 24.9.1929, S. 422

72 Baumann, Berichterstatter, in: Stenographischer Verhandlungsbericht des StR vom 23.9.1931, S. 199

73 BJM 1966, S. 36

74 BJM 1966, S. 37

75 BGE 91 IV 136ff.

76 gemäss Bundesgericht die Befugnis, insbesondere über den Aufenthaltsort, die Pflege und Erziehung des Unmündigen frei zu bestimmen; vgl. zur Obhut auch die Ausführungen unter § 1 A III 2.

77 BGE 91 IV 137

78 Vgl. dazu auch die Ausführungen zum geschützten Rechtsgut von Art. 220 StGB unter § 1 A IV und B III; Stratenwerth, BT II, S. 98, äussert sich kritisch zu dieser Ausdehnung des Tatbestandes.

Auch in der BRD wird die Möglichkeit der Täterschaft des einen Elternteils gegenüber dem andern nach Massgabe des § 235 dtStGB bejaht (79). Demgegenüber kann nach § 195 öStGB nur Täter sein, wer nicht selbst allein oder gemeinsam mit einem anderen erziehungsberechtigt ist (80). Solange beide Elternteile erziehungsberechtigt sind, kann keiner von ihnen den Tatbestand des § 195 öStGB erfüllen, da dieser die Entziehung aus der Macht aller Berechtigten fordert.

Die vom Bundesgericht weiterentwickelte Rechtsprechung zur Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt möchte ich anhand der vorgenommenen Unterscheidung zwischen gerichtlichem und vormundschaftsbehördlichem Entscheid über die Obhut und diesbezüglich fehlender Regelung aufzeigen.

A. Gerichtliche Zuteilung der Obhut an das "Opfer"

I. Zuteilung der Obhut durch Eheschutzrichter an das "Opfer"

Der Richter kann im Eheschutzurteil oder durch eine vorsorgliche Massnahme während des Eheschutzverfahrens die Obhut einem Elternteil zuweisen (Art. 297 II ZGB) (81). Dadurch verliert der andere Ehegatte den Kerngehalt der elterlichen Gewalt, das Aufenthaltbestimmungsrecht über das Kind als Voraussetzung zur Erziehung und Pflege (82). Gleichzeitig geht er des von Art. 220 StGB gewährleisteten strafrechtlichen Schutzes seiner verbleibenden elterlichen Gewalt verlustig, denn dieser Tatbestand schützt einzig, ohne den förmlichen Entzug der elterlichen Gewalt vorauszusetzen, den Träger des Wesensgehaltes dieses Pflichtrechts, den Obhutinhaber. Somit kann sich der Inhaber der Restgewalt gegenüber dem Obhutinhaber des Entziehens und Vorenthaltens der gemeinsamen Kinder schuldig machen (83).

79 Eser, SS, N. 14 zu § 235; Horn, SK, N. 10 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 26 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 3 zu § 235; Beschluss des OLG Hamm vom 28.6.1982, in: JR 83, S. 514 und MDR 82, S. 1040

80 Pallin, N. 2f. zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 24ff. zu § 195 und EvBl 1978, Nr. 160, S. 491

81 vgl. dazu die Ausführungen in § 1 A III 2.c)aa) und § 5 C IV

82 vgl. auch die Ausführungen in § 1 A III 2.b) und IV

83 vgl. die Erläuterungen zur Praxisänderung in BGE 91 IV 136ff. anfangs dieses Paragraphen

Weist der Richter durch vorsorgliche Massnahme die Obhut einem Ehegatten zu (Art. 297 II ZGB) (84), so kann sich der Inhaber der Restgewalt nach Art. 220 StGB strafbar machen, wenn er seine Kinder dem Obhutinhaber entzieht oder vorenthält.

So verurteilte das Bundesgericht im Jahre 1965 (85) den Vater, dessen elterliche Gewalt durch Zuweisung der Obhut über die Kinder an die Mutter mit vorsorglicher Massnahme im Scheidungsprozess beschnitten worden war, wegen Vorenthaltens der Kinder, da er sich weigerte, diese der Mutter zurückzubringen. Das Gericht begründete sein Strafurteil im wesentlichen mit den in BGE 91 IV 136ff. vorgebrachten Argumenten (86). Damit stützte das höchste Gericht die vom Zürcher Obergericht (87) gefällte Entscheidung, welche die in BGE 91 IV 136ff. vorgenommene teleologische Auslegung des Art. 220 StGB übernommen hatte.

Der Strafsenat des deutschen Reichsgerichtes hatte bereits am 27. Oktober 1914 (88) die Täterschaft der Mutter gemäss § 235 dtStGB bejaht, da sie die gemeinsamen Kinder dem Vater, welchem durch richterliche vorsorgliche Verfügung im Trennungsverfahren die Obhut zugewiesen worden war, entzogen hatte.

Zuvor hatte das Reichsgericht am 22. Mai 1914 den Vater, der sich heimlich seines Knaben bemächtigt hatte, aufgrund des § 235 dtStGB verurteilt, da der Mutter durch einstweilige Verfügung im Scheidungsverfahren die Fürsorge über das Kind übertragen worden war (89).

84 vgl. die Ausführungen in § 5 C III

85 BGE 91 IV 228ff. (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) abgedruckt in RS 1966 Nr. 65; JT 114 (1966) IV, S. 36ff.; Sem. 88 (1966), S. 410 und Pra 55 (1966) Nr. 60, S. 216ff.

86 vgl. die Erläuterungen zu Beginn dieses Paragraphen

87 ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 104ff. (wiedergegeben in RS 1967 Nr. 172); vgl. dazu die Erläuterungen in § A IV 2.b)

88 RG 48, 427ff.

89 RG 48, 325ff.; wobei die Erwägungen eher auf eine Zuweisung der elterlichen Sorge als auf die Uebertragung der Obhut schliessen lassen (RG 48, 326)

Der Trennungsrichter ist verpflichtet, die Elternrechte zu gestalten (Art. 156 ZGB). Funktion und Charakter der Trennung fordern in der Regel die Zuteilung der elterlichen Gewalt und nicht nur die Zuweisung der Obhut (90). Sollte sich der Trennungsrichter hingegen mit der Regelung der Obhut begnügen, so gilt hinsichtlich der Täterschaft des Inhabers der Restgewalt und des durch Art. 220 StGB dem Obhutinhaber gewährten Schutzes die oben erwähnte Rechtsprechung (91). Dies um so mehr, als das Trennungsurteil die ehe- und familienrechtlichen Verhältnisse, auch in zeitlicher Hinsicht, umfassend und definitiver normiert als die vorsorgliche Massnahme oder das Eheschutzurteil. Zudem trägt diese Rechtsprechung, gerade weil dem Trennungsurteil regelmässig intensivere Abklärungen bezüglich des Kindeswohles zugrundeliegen, dem sekundären Rechtsgut des Art. 220 StGB - die Wahrung der Gerichts- und Behördenautorität (92) - vermehrt Rechnung.

B. Fehlende richterliche Obhut-zuteilung

I. Bei einverständlicher Trennung mit Abschluss eines Obhutvertrages zwischen den Ehegatten

Ausgangsbasis meiner Erörterungen bildet die Vereinbarung der Ehegatten, den gemeinsamen Haushalt für bestimmte oder unbestimmte Zeit aufzulösen. Hier sei kurz auf die von der Lehre und Rechtsprechung getroffene Unterteilung in rechtliches und faktisches Getrenntleben hingewiesen. Rechtlich getrennt leben die Ehegatten nur, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen nach Massgabe des Art. 170 I oder II ZGB erfüllt sind. Eine übereinstimmende Willenserklärung seitens der Ehegatten oder eine richterliche Bewilligung bedarf es dazu nicht (93). Faktisches Getrenntleben liegt dagegen vor, wenn die Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen die Trennung beschliessen, ohne dass eine gesetzliche Ermächtigung im Sinne des Art. 170 I oder II ZGB vor-

90 vgl. die Ausführungen in § 5 C II

91 sub § 6 A I und II

92 vgl. dazu § 1 A IV

93 vgl. dazu Voegelin, S. 33ff. und Graf, S. 114f., mit Hinweisen auf die konstante Praxis des Bundesgerichts und die h.L.; Kühnle, S. 47

liegt (94). Diese Einigung entfaltet trotz zwingenden Charakters des Art. 159 ZGB obligationenrechtliche Wirkungen (95), hingegen kann der Vertragsinhalt nicht vollstreckt werden.

Für meine Erörterungen indessen ist vorerst irrelevant, ob die Trennung faktischer oder rechtlicher Natur ist, da der zusätzlich zwischen den Ehegatten geschlossene Obhutvertrag die strafrechtlichen Konsequenzen aus Art. 220 StGB bestimmt.

1. Die Rechtsnatur des Obhutvertrages

Inhaltlich regelt der Obhutvertrag, auch Pflegevertrag genannt, die Ausübung der Pflege und Erziehung sowie des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind (96).

Betont werden muss, dass nicht die Obhut als solche übertragen werden kann – aufgrund ihres unverzichtbaren Charakters als Bestandteil der elterlichen Gewalt –, sondern einzig deren Ausübung.

In der Lehre herrscht Uneinigkeit bezüglich der Rechtsnatur dieses Vertragsverhältnisses. Zahlreich sind die erfolgten Qualifikationen, sei es als familienrechtlicher Vertrag, als obligationenrechtliches Verhältnis mit familienrechtlichem Einschlag oder als obligationenrechtlicher Vertrag, wobei zwischen einem Innominatskontrakt *sui generis* und einem gemischten Vertrag unterschieden wird (97).

Die Doktrin wurde massgebend von Völkle (98) geprägt, die das Vertragsverhältnis als Innominatskontrakt *sui generis* klassierte, auf den die Normen des Auftragsrechts analog anzuwenden sind.

Inhaltsbestimmende Schranken bilden insbesondere alle Regelungen bezüglich der elterlichen Gewalt einschliesslich der Kindes-

94 Voegelin, S. 8f. und 123ff., mit Verweisen auf die h.L.; ebenso Graf, S. 115

95 Voegelin, S. 127, spricht von bloss partieller Nichtigkeit dieser Vereinbarung, da die Annahme völliger Nichtigkeit der Rechtswirklichkeit widerspräche; a.M. noch Marthaler, S. 15: .. "les conventions de ce genre sont en principe dépourvues de toute force juridique obligatoire" ...

96 Vgl. zu den detaillierten einzelnen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien Bättig, S. 24ff., der sich massgeblich auf Völkle, S. 76ff. und 85ff., abstützt.

97 Grobzusammenstellung bei Bättig, S. 21, mit Hinweis auf die entsprechenden Autoren

98 S. 63ff. und 68ff.; Gleicher Meinung sind Girard, chapitre 21.2.4. (fehlende Paginierung) und Di Bisceglia, S. 83.

schutzmassnahmen, Art. 300 und 273f. ZGB (99).

Wird der Pflegevertrag nicht mit einem Dritten, sondern zwischen beiden gewaltausübenden Ehegatten geschlossen, ergeben sich zwangsläufig Modifikationen. Der obhutausübende Mitinhaber der elterlichen Gewalt erlangt nicht die Rechtsstellung von Pflegeeltern, die von Gesetzes wegen die Gewaltinhaber vertreten (Art. 300 ZGB) (100). Durch die vertragliche Einräumung der Obhut wird seine Rechtsposition gegenüber dem Mitinhaber, der auf die Ausübung der Obhut verzichtet, gestärkt, da ihm die unmittelbare Pflege und Erziehung sowie die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind anvertraut werden.

2. Zulässigkeit eines Obhutvertrages zwischen den Ehegatten

Die herrschende Lehre bejaht die Zulässigkeit des Abschlusses eines Obhutvertrages unter den Ehegatten, sofern das Kindeswohl gewahrt bleibt (101). Einer vertraglichen Regelung unzugänglich bleibt die religiöse Erziehung (Art. 303 II ZGB). Auch in Kombination mit der Vereinbarung über die faktische Trennung wird die Verbindlichkeit des Obhutvertrages bejaht (102).

Der im Scheidungsurteil bestimmte Gewaltinhaber darf die Ausübung der Obhut sogar dem andern Elternteil, dem die Gewalt scheidungsrechtlich aberkannt wurde, ebenso übertragen wie Dritten (103). Dadurch kommt dem obhutausübenden Elternteil aber bloss die Stellung eines Pflegeelternteils gemäss Art. 300 ZGB zu. Er wird somit zum gesetzlichen Stellvertreter des Gewaltinhabers.

99 Näheres bei Völkle, S. 119ff.

100 vgl. zur Rechtsstellung der Pflegeeltern, § 1 A II 5., III 2.e) und § 6 D III 3.a)

101 Hegnauer, Grundriss, S. 136; id., N. 15 zu aArt. 273; Kehl-Böhlen, S. 44

102 Voegelin, S. 153

103 Hegnauer Cyril, Die Uebertragung der Obhut durch den geschiedenen Inhaber der elterlichen Gewalt auf den andern Elternteil, in: ZVW 35 (1980), S. 60; ebenso Bühler/Spühler, N. 170 und 201 zu Art. 158; Kühnle, S. 44; BGE 107 II 13

Der Obhutvertrag entfaltet nur interne Wirkungen. Er verpflichtet die Ehegatten untereinander und darf nicht einseitig widerrufen werden (104). Unter dem alten Kindesrecht beseitigte eine solche Vereinbarung das diesbezügliche Stichtscheidungsrecht des Vaters nach Art. 274 II aZGB (105).

Hingegen kann der Kontrakt nicht vollstreckt werden (104). Zu seiner externen Verbindlichkeit bedarf er der richterlichen Genehmigung, sei es im vorsorglichen Massnahme-, im Eheschutz-, Ehetrennungs- oder Ehescheidungsverfahren (106).

Die Parteivereinbarung ist für den Richter unverbindlich, er darf sie jederzeit abändern. Hingegen ist die elterliche Verständigung ein wesentlicher Ermessensfaktor (107).

Hegnauer (108) und Völkle (109) bejahen die Möglichkeit, den Obhutvertrag jederzeit aufzulösen. Hingegen kann m.E. der jederzeitige Widerruf nur gegenüber Dritten wirken, und nicht im Vertragsverhältnis zwischen den Ehegatten (110), da die elterliche Gewalt einzig extern ihre Ausschliesslichkeit beanspruchen kann (111). Zudem lässt sich der Widerruf nicht mit der von der Lehre statuierten internen Bindung an diesen Obhutkontrakt vereinbaren (112).

104 Bühler/Spühler, N. 26 und 431 zu Art. 145; id., N. 150 zu Art. 158; Voegelin, S. 154; a.M. Marthaler, S. 15

105 Hegnauer, N. 15 zu aArt. 273 und N. 16 zu aArt. 274

106 Bühler/Spühler, N. 26, 34, 256 und 426 zu Art. 145; id., N. 162ff. zu Art. 158

107 Bühler/Spühler, N. 256 und 427 zu Art. 145

108 N. 79 zu aArt. 273

109 S. 143ff.; ebenso Bättig, S. 29 und bereits der Entscheid der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 29.1.1965, wiedergegeben in: ZBJV 104 (1968), S. 264

110 Vgl. die in FN. 104 dieses Kapitels aufgeführten Autoren, welche die einseitige Widerrufsmöglichkeit einer Vereinbarung unter Ehegatten verneinen.

111 so auch Hegnauer, N. 28 zu aArt. 273

112 vgl. FN. 104 dieses Kapitels; a.M. Kehl-Böhlen, S. 51

Meiner Ansicht nach muss sich daher auch der obhutausübende Ehegatte im vom andern Teil initiierten Herausgabebefehlsverfahren gestützt auf Art. 301 III ZGB einredeweise auf den Obhutvertrag berufen dürfen, da mit der Klageeinleitung die Vereinbarung unzulässigerweise faktisch widerrufen wird (113). Dem gewaltausübenden Ehegatten, der vertraglich auf die Ausübung der Obhut verzichtet hat, stehen andere Rechtsbehelfe zur Verfügung, um die Vereinbarung zu entkräften. Er kann den Vertrag wegen Willensmängeln, insbesondere wegen Grundlagenirrtum nach Art. 24 Ziff. 4 OR anfechten, im Eheschutz-, vorsorglichen Massnahme-, Ehescheidungs- oder Ehetrennungsverfahren die Verweigerung der richterlichen Genehmigung der Vereinbarung beantragen oder ein Begehren zur Anordnung von Kindesschutzmassnahmen im Sinne von Art. 310 I ZGB stellen, um die Obhut über die Kinder wieder selbst ausüben zu dürfen.

Mangels der Zwangsvollstreckungsmöglichkeit des Obhutvertrages ist es dem Ehegatten, der vertraglich zur Ausübung der Obhut ermächtigt worden ist, verwehrt, gegen den gewaltausübenden Ehegatten, der die Herausgabe der Kinder verweigert, die Klage gestützt auf Art. 301 III ZGB zu erheben. Ihm stehen sinngemäss die oben erwähnten Rechtsbehelfe zur Verfügung. Klagt jedoch der andere Elternteil auf Herausgabe der Kinder, die dem Beklagten vertraglich zur Ausübung der Obhut anvertraut worden sind, so muss dieser Vereinbarung einredeweise Rechnung getragen werden können.

113 a.M. Kühnle, S. 91f.; Seine Ausführungen beziehen sich m.E. nur auf die unzulässige vertragliche Uebertragung der elterlichen Gewalt und nicht auf die zulässige Delegation der Ausübung der Obhut.

Zu prüfen gilt, inwieweit eine strafbare Handlung nach Massgabe des Art. 220 StGB vorliegt, wenn der gewaltausübende Elternteil die Kinder dem Ehegatten, der vertraglich zur Ausübung der Obhut berechtigt ist, entzieht oder vorenthält.

Hand in Hand ist damit abzuklären, ob eine Täterschaft des vertraglich zur Ausübung der Obhut berechtigten Gewaltinhabers gegenüber dem Mitinhaber der elterlichen Gewalt möglich ist.

Das Bundesgericht hatte sich erstmals in BGE 98 IV 35ff. (i.S. *Hélie de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud*) (114) mit dieser speziellen Fallkonstruktion auseinanderzusetzen. Die Ehegatten P. lebten seit 1969 getrennt, der Mann in Paris, die Ehefrau mit den drei Kindern im Alter von sechs, sieben und acht Jahren vorerst in Genf, dann in Gstaad und Lausanne. Obwohl die Frau 1970 eine Ehescheidungsklage einreichte, wurde trotz Ersuchens kein richterlicher Entscheid über die Zuteilung der Obhut gefällt. Als die Ehefrau sich weigerte, die Kinder ihrem Ehemann zur Ausübung seines von ihm geforderten, nicht gerichtlich fixierten Besuchsrechts zu übergeben, stellte er Strafantrag gegen seine Ehefrau wegen Entziehens oder Vorenthaltens seiner unmündigen Kinder (115). Ohne vorerst auf den mündlich oder konkludent zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrag einzugehen, stellte das Gericht fest, dass dem Ehemann der Rechtsschutz des Art. 220 StGB abhanden gekommen sei. Die Zeit zwischen der Auflösung des ge-

114 wiedergegeben in Pra 61 (1972) Nr. 153, S. 493ff.; RS 1972 Nr. 338; JT 121 (1973) IV, S. 29ff. und Sem. 94 (1972), S. 481ff.

115 Einzig der Vorwurf des Vorenthaltens müsste überprüft werden, da die Mutter die Kinder bis zur Aufforderung der Herausgabe seitens des Vaters rechtmässig aufgrund des Obhutvertrages bei sich hatte; vgl. zu den Tathandlungen § 3.

meinsamen Haushaltes und der richterlichen Entscheidung bezüglich der Zuteilung der Obhut sei dadurch geprägt, dass sie die elterliche Gewalt des einen Ehegatten in tatsächlicher Hinsicht beschränke. Insbesondere bei verschiedenen Aufenthaltsorten der Ehegatten werde die elterliche Gewalt des faktisch an ihrer Ausübung gehinderten Elternteils suspendiert, und deren Ausübung stehe einzig dem andern zu (116). Sodann kann der in seiner Gewalt suspendierte Elternteil nicht mehr geltend machen, er sei Gewaltinhaber im Sinne des Art. 220 StGB und verliert dessen Rechtsschutz (116).

Infolgedessen verneint das Gericht grundsätzlich eine mögliche Täterschaft des die Obhut ausübenden Elternteils gegenüber dem andern Gewaltinhaber aufgrund des Art. 220 StGB.

Ausnahmsweise kann immerhin der obhutausübende Ehegatte strafrechtlich nach Art. 220 StGB zur Verantwortung gezogen werden, wenn er dem in seiner Gewalt suspendierten rechtlichen Mitinhaber dessen Rechte auf angemessene Beziehung zu den Kindern vereitelt. Voraussetzung ist jedoch, dass diesbezügliche Regelungen vom Richter genehmigt oder angeordnet worden sind (117).

Aus den bundesgerichtlichen Erwägungen ergibt sich somit implizit die potentielle Täterschaft des in seiner Gewalt suspendierten Ehegatten gegenüber dem die Obhut ausübenden Elternteil. Hingegen kann dieser nur in der oben erwähnten Ausnahmekonstellation als Täter zu Art. 220 StGB gegenüber seinem Ehepartner wirken.

Meines Erachtens hätte das Bundesgericht in seinen Ausführungen vermehrt auf das Vorliegen des zwar nur mündlich oder konkludent geschlossenen Obhutvertrages zwischen den Ehegatten abstellen müssen. Gerade durch diese Tatsache setzt sich der zu beurteilende Sachverhalt von den bisher bereits zu Art. 220 StGB vorliegenden Fällen ab. Massgebendes Kriterium zur Beurteilung des strafbaren Verhaltens der Ehepartner ist meiner Meinung nach

116 BGE 98 IV 38

117 BGE 98 IV 39; Näheres zum Besuchsrecht unter § 6 C II

nicht nur der Umstand, dass die elterliche Gewalt suspendiert ist, sondern die übereinstimmende Vereinbarung über die Ausübung der Obhut. Nichtsdestominder liess das Bundesgericht den Obhutvertrag nicht unberührt. Apodiktisch hielt es fest, dass es zwar zweifellos möglich sei, dass Parteivereinbarungen bezüglich der Kinderzuteilung und des Besuchsrechts ohne richterliche Genehmigung peinlich genau beachtet würden, dass aber doch nur die von der zuständigen Behörde angeordnete oder genehmigte Regelung strafrechtlichen Schutz geniesse (118). Diesen Standpunkt relativierte es durch die nachfolgend aufgestellte Hypothese: Falls das Nichtbefolgen einer nicht richterlich genehmigten Konvention strafrechtliche Folgen nach sich ziehen könnte, so müsste zumindest vorausgesetzt werden, dass die Parteivereinbarung vollständig und unmissverständlich sei (119). Somit schliesst das Gericht nicht aus, dass die Verletzung des zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrages ein strafbares Verhalten im Sinne des Art. 220 StGB darstellt. Meines Erachtens wäre dieser Ansatz zur Begründung der Strafbarkeit sinnvoller, da nicht einzusehen ist, warum der Ehegatte, der eine jahrelang praktizierte private intern verbindliche Regelung verletzt, gegenüber demjenigen privilegiert sein soll, welcher einer gerichtlichen Obhut-zuteilung zuwiderhandelt (120).

Bereits im Jahre 1968 verurteilte das Bezirksgericht Appenzell (121) eine Ehefrau in Anwendung von Art. 220 StGB. Sie hatte sich geweigert, die Kinder, welche mit dem Ehemann aufgrund eines zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrages in Hausgemeinschaft lebten, nach der berechtigten Ausübung ihres Besuchsrechts zurückzugeben. Inwieweit das Gericht bei der Begründung ihrer Strafbarkeit auf das Vorliegen des Obhutvertrages abstellte, ist aus den vorliegenden Quellen nicht ersichtlich.

118 BGE 98 IV 39

119 BGE 98 IV 40

120 gl.M. Blum. S. 280f.

121 Entscheidung des Bezirksgerichts Appenzell vom 24.10.1968 in Anschluss an BGE 92 IV 156ff., in dem vorerst ein Gerichtsstandskonflikt bereinigt werden musste (wiedergegeben in RS 1969 Nr. 197)

Zusammenfassung der im Ergebnis gleichen, aber in der Begründung abweichenden Rechtsprechung: Grundsätzlich kann nur der Mitinhaber der Gewalt die gemeinsamen Kinder dem aufgrund des Obhutvertrages berechtigten Ehegatten entziehen oder vorenthalten. Art. 220 StGB schützt das Aufenthaltsbestimmungsrecht, dessen Ausübung dem Mitinhaber der Gewalt vertraglich zugesichert wurde. Nur ausnahmsweise kann der Gewaltinhaber, dem zusätzliche Rechte durch den Obhutvertrag eingeräumt wurden, zum Täter des Art. 220 StGB gegenüber seinem Ehegatten werden (122). Der strafrechtliche Schutz des Elternteils, der die Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts über das Kind vertraglich delegiert oder faktisch aufgibt, lebt erst wieder auf, wenn ihm der Richter die Obhut oder die gesamte elterliche Gewalt zuteilt.

122 Vgl. oben die in BGE 98 IV 39 dargelegte Rechtsprechung und Näheres sub § 6 C II bezüglich des Besuchsrechts des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut.

Es gilt abzuklären, inwiefern sich ein Ehegatte, der den gemeinsamen Haushalt mit den Kindern ohne Einverständnis des Ehepartners verlässt, gemäss Art. 220 StGB zur Verantwortung ziehen lassen muss. Diesem Sachverhalt lege ich die Annahme zugrunde, er sei von Gesetzes wegen berechtigt, den gemeinsamen Haushalt aufzuheben.

1. Trennungsvoraussetzungen nach Art. 170 I und II ZGB

Gemäss herrschender Lehre ist jeder Ehegatte ohne richterliche Ermächtigung berechtigt, sich vom Partner zu trennen, sofern eine in Art. 170 I oder II ZGB aufgestellte Voraussetzung erfüllt ist (123).

a) Ernstliche Gefährdung (Art. 170 I ZGB)

Die Ursache der Gefährdung der Persönlichkeit eines Ehegatten muss durch das Zusammenleben bedingt und von ernsthafter Natur sein (124).

aa) Gefährdung der physischen oder psychischen Gesundheit

Die Gefährdung der Gesundheit kann verursacht werden durch Drohungen, Tätlichkeiten, Misshandlungen, ungesunde Lebensbedingungen, bei Gefahr der Uebertragung lebensgefährlicher oder besonders schmerzhafter oder langwieriger Krankheiten oder durch seelische Erschütterungen von erheblichem Grade (125).

bb) Gefährdung des guten Rufs

"Unter dem guten Ruf ist die Ehre, Achtung und Wertschätzung zu verstehen" (126). Gefährdet werden kann er durch unehrenhaften Lebenswandel des andern Ehegatten oder durch dessen Pflichtverletzung gegenüber der Gemeinschaft.

- 123 Voegelin, S. 33ff. und Graf, S. 114, mit Hinweisen auf den Stand der Lehre; Hegnauer Cyril, Grundriss des Eherechts, Bern 1979, S. 120; Kühnle, S. 47
124 vgl. dazu Georgii, S. 13
125 Georgii, S. 13f. und Hegnauer, a.a.O., S. 120
126 Georgii, S. 14

100 cc) Gefährdung des wirtschaftlichen Auskommens

Eine Gefährdung liegt beispielsweise vor, wenn sich der Ehegatte weigert, ein angemessenes Haushaltsgeld zu bezahlen oder ein ausreichendes Salär zu erzielen (127).

Geschützt ist die wirtschaftliche Existenzgrundlage jedes Ehegatten, nicht aber der gesamte Lebensbedarf (128).

b) Richterliche Voraussetzungen analog Art. 170 I ZGB

Die in Art. 170 I ZGB aufgezählten Gründe sind nicht abschliessend normiert (129). Die Gerichtspraxis anerkennt weitere Voraussetzungen, die zum Getrenntleben im Sinne des Art. 170 I ZGB berechtigen.

aa) Unmöglichkeit des Zusammenlebens

Die Unmöglichkeit kann bedingt sein durch eine längere Freiheitsstrafe des Ehegatten, eine länger dauernde faktische Trennung, die Unkenntnis des Aufenthaltsortes des Ehepartners, die Weigerung des Ehemannes, eine Wohnung zu bestimmen oder durch Verlassung oder Verstossung (130).

bb) Unzumutbarkeit des Zusammenlebens

Die Eheschutzrechtspraxis stellt an die Voraussetzungen der Unzumutbarkeit weniger hohe Anforderungen als das Ehescheidungsrecht in Art. 142 I ZGB (131).

Die Gerichtspraxis (130) betrachtet beispielsweise die Bestimmung einer unangemessenen Wohnung oder die Lebensgemeinschaft mit einer Konkubine als unzumutbar.

127 Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis entnommen Georgii, S. 14

128 Lemp, N. 22 zu Art. 160, zitiert bei Georgii, S. 14

129 Hegnauer, a.a.O., S. 120 und Georgii, S. 15

130 Gerichtsentscheide entnommen Georgii, S. 15

131 Georgii, S. 16

Nach Einreichung einer Klage auf Scheidung oder Trennung ist jeder Ehegatte für die Dauer des Rechtsstreites zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes berechtigt (Art. 170 II ZGB).

d) Voraussetzungen unter dem neuen Eherecht (132)

Art. 175 rev.ZGB ermächtigt einen Ehegatten, den gemeinsamen Haushalt für solange aufzuheben, als seine Persönlichkeit, seine wirtschaftliche Sicherheit oder das Wohl der Familie durch das Zusammenleben ernstlich gefährdet sind. Die frühere Regelung wurde weitgehend in Form von Generalklauseln übernommen. Hingegen stellt meines Erachtens die Aufnahme der Gefährdung des Familienwohls (133) in den gesetzlichen Voraussetzungskatalog eine materielle Erweiterung der Berechtigung zum Getrenntleben dar.

2. Strafrechtslage bezüglich Art. 220 StGB unter dem alten Kindesrecht

Art. 274 II aZGB (134) räumte dem Ehemann in der Ausübung der elterlichen Gewalt das Stichentscheidungsrecht ein. Verlässt die Ehefrau mit gesetzlicher Ermächtigung nach Massgabe des Art. 170 I oder II ZGB, aber ohne Einwilligung ihres Ehegatten, mitsamt den gemeinsamen Kindern die eheliche Gemeinschaft, so handelt

- 132 Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht) vom 22.9.1985; in Kraft ab 1.1.1988
- 133 Dieser Begriff enthält gmäss Georgii, S. 112f., ein deskriptives Element (aktuelle Familienlage) und ein prognostisches (Entwicklungsbedingungen der Familie).
- 134 Art. 274 II aZGB: "Sind die Eltern nicht einig, entscheidet der Wille des Vaters."

sie bezüglich der Kinder gegenüber ihrem Ehemann eigenmächtig. Eigenmächtiges Handeln kann unter Art. 274 aZGB subsumiert werden trotz dessen engen Wortlauts (135). Die Ehefrau, die ohne Zustimmung des Ehemannes über die Kinder verfügt, verhält sich ihm gegenüber pflichtvergessen im Sinne des Art. 169 I ZGB. Er kann aufgrund seines gesetzlichen Primats nach Art. 274 II aZGB die Kinder jederzeit herausfordern (136). Der Ehefrau verbleibt einzig die Möglichkeit, eine gerichtliche Zuteilung der Obhut zu erwirken, um mit den Kindern in Hausgemeinschaft leben zu dürfen. Diese geschlechtsbezogene Ungleichheit der Spiesse veranlasste denn auch die Strafgerichte (137), die Inhaber der elterlichen Gewalt von der Täterschaft zu Art. 220 StGB auszuschliessen. Denn infolge des Art. 274 II aZGB wäre, solange die elterliche Gewalt beiden Elternteilen zusteht, einzig die Ehefrau fähig, die Kinder dem Ehemann zu entziehen oder vorzuenthalten. Hingegen sprechen weder die grammatikalische noch die subjektiv historische Auslegung (138) des Art. 220 StGB dafür, dass das im Zivilrecht durch Art. 274 II aZGB statuierte Vorrecht des Ehemannes auch im Strafrecht zur Anwendung zu gelangen habe (139). Aufgrund dieser Erwägungen sprach das aargauische Obergericht die Ehefrau, die das gemeinsame Kind infolge eines ehelichen Zerwürfnisses heimlich mit zu ihrer Schwester genommen hatte, frei, da sie als Täter im Sinne des Art. 220 StGB ausser Betracht falle.

135 Frischkopf, S. 121f. und Kühnle, S. 41f.

136 Der Vater entscheidet über den Aufenthalt des Kindes, solange gerichtliche Anordnungen oder vertragliche Vereinbarungen fehlen; ebenso Egger, N. 6 zu aArt. 274 und Silbernagel, N. 10 zu aArt. 274; Kühnle, S. 48.

137 insbesondere AGVE 1950, S. 233ff. (Urteil der II. Abteilung des Obergerichts i.S. Margrith Sch. & Kons. vom 12. Juli 1950; wiedergegeben in RS 1951 Nr. 145 und SJZ 50 (1954) Nr. 23, S. 47f.)

138 Erstaunen mag, dass sich auch die Begründung der Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt des Basler Strafgerichts (BJM 1966, S. 35ff.) nebst anderen auf dieselben Voten (Zürcher und Seiler; vgl. anfangs des § 6) abstützt.

139 AGVE 1950, S. 234f.

Interessanterweise setzt sich diese Praxis ab von den Kinder-raubregelungen aller kantonalen Strafgesetzbücher: "Die Frage ob, wenn beide Eltern das Erziehungsrecht besitzen, die Mutter das Delikt gegenüber dem Vater begehen könne, ist auf Grund von Art. 274 insbesondere 274, Alinea 2, zu bejahen" (140).

Am 20.6.1967 setzte der Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz (i.S. M. gegen R.) (141) einen weiteren Markstein in der Entwicklung der Rechtsprechung zum Täterkreis des Art. 220 StGB.

Die Ehefrau hatte ohne Wissen und Einverständnis des Ehegatten mitsamt dreien ihrer fünf gemeinsamen Kindern die eheliche Wohnung verlassen und reiste mit ihnen nach Kanada. Dieses Verhalten qualifizierte das Gericht als widerrechtlich, da die durch das Vorrecht des Ehemannes (Art. 274 II aZGB) in ihrer Verfügungsgewalt beschränkte Ehefrau den Willen ihres Gatten missachtet habe. Bei Uneinigkeit sei sein Willen als entscheidend anzuerkennen (142). Zu den strafrechtlichen Konsequenzen ihrer Handlung äusserte sich das Gericht folgendermassen: "Es entspricht weder dem Wortlaut des Art. 220 StGB noch seiner ratio. Eheleute, die einander während der Ehe grundlos die Kinder entziehen oder vorenthalten, in jedem Falle straffrei zu lassen. Zweck dieser Bestimmung ist in erster Linie der Schutz der privatrechtlichen Pflichten .. und zwar, da das Gesetz selber keine Einschränkung vorsieht, gegenüber jedermann, auch dem anderen Elternteil. Indem er nämlich die Kinder vorenthält oder entzieht, verletzt er das dem Gatten zustehende Recht nicht anders als irgend ein Dritter. Seine enge verwandtschaftliche Bindung mit der entzogenen bzw. vorenthaltenen Person und seine eigene Verfügungsgewalt vermögen die Widerrechtlichkeit seines Verhal-

140 Wurstemberger, S. 62, expressis verbis bezüglich der Regelungen der Kantone Solothurn, Basel und Schwyz; für die übrigen kantonalen Kinderraubtatbestände mit Verweis auf seine Ausführungen auf S. 60ff. (vgl. S. 74, 90f., 98 und 108f.)

141 EGV-SZ 1967-1968, S. 39ff.

142 EGV-SZ 1967-1968, S. 40.

tens nicht zu entschuldigen" (143). Somit bejahte das Kantonsgericht grundsätzlich die Möglichkeit der Täterschaft der Ehefrau aufgrund des Art. 220 StGB gegenüber ihrem die elterliche Gewalt ausübenden Ehemann. In casu verurteilte es die Ehegattin zu einer Strafe von einem Monat Gefängnis, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren.

Das Bundesgericht (144) erhielt aufgrund der gegen dieses Urteil eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde erneut Gelegenheit, sich zum potentiellen Täterkreis des Art. 220 StGB zu äussern. Es bestätigte seine in BGE 91 IV 136ff. und 228ff. vorgenommene Praxisänderung: Nach Art. 220 StGB kann sich auch der Ehegatte schuldig machen, dem die Kinder während der richterlich bewilligten Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes bzw. des Scheidungsverfahrens nicht zugeteilt sind (145). Zum konkreten Sachverhalt, der sich durch die fehlende richterliche Zuweisung der Obhut über die Kinder unterscheidet, äusserte es sich wie folgt: "Nicht anders verhält es sich, wenn wie hier der Elternteil, der dem andern Kinder entzieht oder vorenthält, im ungeschmälernten Besitz der elterlichen Gewalt steht. Während der Ehe haben Vater und Mutter die elterlichen Rechte in gemeinsamen Einvernehmen auszuüben, jedenfalls in bezug auf die wichtigeren Angelegenheiten. Jedes Elternteil hat das Recht, bei diesen mitzuwirken; die elterliche Gewalt darf nicht von einem Elternteil für sich allein beansprucht werden" (145).

Mit diesem Urteil erweiterte das Bundesgericht den potentiellen Täterkreis des Art. 220 StGB. Nicht nur der nicht obhutberechtigte Mitinhaber der elterlichen Gewalt, sondern auch der Inhaber des uneingeschränkten Pflichtrechtes kann sich nach Art. 220 StGB schuldig machen.

143 EGV-SZ 1967-1968, S. 41

144 BGE 95 IV 67f. (i. S. R. und Kons. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz) abgedruckt in RS 1969 Nr. 198; Pra 58 (1969) Nr. 89, S. 301f. und JT 117 (1969) IV, S. 77ff.

145 BGE 95 IV 68

Obwohl Art. 274 II aZGB ersatzlos gestrichen wurde, verändert sich die Strafrechtslage nicht. Bereits im Entscheid 95 IV 67f. stellte das Bundesgericht in seiner Begründung einer möglichen Täterschaft des Inhabers der unbeschränkten elterlichen Gewalt nicht auf das väterliche Stichentscheidungsrecht ab (147). Jeder gewaltausübende Ehegatte, der die Kinder dem andern Gewaltinhaber entzieht oder vorenthält, macht sich nach Art. 220 StGB strafbar.

4. Einwände gegen diese Rechtsprechung

Es stellt sich die Frage, ob nicht der Straftatbestand des Art. 220 die gesetzliche Ermächtigung zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes, basierend auf Art. 170 I und II ZGB, relativiert. Inwieweit prägt das Bewusstsein um die Strafbarkeit der Handlung, wenn die Kinder mitgenommen werden, das elterliche Verhalten? Macht ein Elternteil, insbesondere der die Kinder hauptsächlich betreuende, noch Gebrauch von seinem gesetzlichen Recht, den Ehepartner zu verlassen, wenn er weiss, dass er die Kinder bei ihm lassen muss?

Hier treffen wir auf das dem Familienrecht immanente Problem der Verschmelzung verschiedener Rechtsstellungen in einer Person: der Status als Persönlichkeit, als Ehepartner und als Elternteil. Die einzelnen Rechtspositionen können nie, weder psychologisch noch rechtlich, vollständig voneinander abgegrenzt werden; insbesondere weil sich die ihnen spezifischen Rechte und Pflichten gegenseitig bedingen und beschränken.

An der Strafbarkeit gemäss Art. 220 StGB des Ehegatten, der ohne Einwilligung des andern mit den Kindern den gemeinsamen Haushalt verlässt, muss trotz gesetzlicher Ermächtigung zur Trennung vom

146 Revision vom 25. Juni 1976, in Kraft seit 1. Januar 1978
147 vgl. sub § 6 B II 2.

Ehegatten nach Massgabe des Art. 170 I und II ZGB festgehalten werden, um dem andern Elternteil die Mitwirkung an der elterlichen Gewalt und dem Kind den Anspruch auf Ausübung dieses Pflichtrechtes durch beide berechtigten Elternteile zu sichern (148).

Zudem sollten eheliche Dispute, wenn immer nur möglich, nicht auf Kosten der Kinder, deren Interesse an der Stabilität der faktischen Verhältnisse, insbesondere des Wohnortes, überwiegt, ausgetragen werden.

Der Strafrichter muss aber überaus genau prüfen, ob die Motive und Umstände, die zur Tat gemäss Art. 220 StGB geführt haben - insbesondere das Vorliegen der gesetzlichen Erlaubnis zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes und das Verhalten des verlassenen Ehegatten gegenüber den Kindern - als Rechtfertigungs- oder Schuld-milderungsgründe (149) zu berücksichtigen sind.

III. Bei unberechtigter Trennung ohne Einverständnis des Ehegatten

Verlässt ein Ehegatte mitsamt den Kindern die eheliche Gemeinschaft, ohne dass eine gesetzliche Ermächtigung im Sinne des Art. 170 I und II ZGB vorliegt, macht er sich gegenüber dem Mitinhaber der elterlichen Gewalt nach Art. 220 StGB strafbar. Die eigenmächtige Verfügung über die Kinder ist strafbar, denn Art. 220 StGB schützt das ungeschmälerte Aufenthaltsbestimmungsrecht des verlassenen Elternteils nicht nur gegenüber Dritten, sondern auch im Verhältnis zum gleichberechtigten Mitinhaber der elterlichen Gewalt (150).

Die gegen die Strafbarkeit des Verhaltens vorgebrachten Bedenken (151) entfallen, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes fehlen.

148 Art. 220 StGB schützt ja auch das Kind mittelbar; vgl. dazu § 1 A I und IV.

149 vgl. zu den Rechtfertigungsgründen das 7. Kapitel

150 vgl. die Ausführungen sub § 6 B I und II

151 unter § 6 B II 4.

In dieser Fallkonstruktion gilt es abzuklären, inwieweit sich der Elternteil, dem die Obhut gerichtlich zugeteilt worden ist, dem andern Mitinhaber der elterlichen Gewalt gegenüber aus Art. 220 StGB strafbar machen kann. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang, der Mitinhaber der Restgewalt den strafrechtlichen Schutz des Art. 220 StGB noch geniessen kann.

I. Strafrechtlicher Schutz der verbleibenden elterlichen Gewalt des Mitinhabers ohne Obhut?

Muss der obhutausübende Gewaltinhaber mit strafrechtlichen Konsequenzen gemäss Art. 220 StGB rechnen, wenn er den Aufenthaltsort der Kinder frei bestimmt und durch die örtliche Distanz, insbesondere bei Wohnsitz im Ausland, die Ausübung der restlichen elterlichen Gewalt durch den Mitinhaber faktisch verhindert?

Zwei Rechtsgründe erlauben dem obhutausübenden Gewaltinhaber, den Aufenthaltsort frei zu wählen. Durch die gerichtliche Zuweisung der Obhut erhält er das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder (152). Zusätzlich räumt Art. 25 II ZGB der Ehefrau das Recht ein, einen selbständigen Wohnsitz zu begründen, sofern sie berechtigt ist (153), getrennt zu leben. Dieses Recht darf ihr nicht dadurch beschnitten werden, dass ihr die Obhut nur unter der Bedingung zugesprochen wird, in einer bestimmten Gegend zu wohnen (154). Dieser Grundsatz harmoniert mit BGE 95 II 385ff. Darin hielt das Gericht fest, dass kein genügender Grund vorliege, dem Inhaber der elterlichen Gewalt, der mit den Kindern ins Ausland wegzieht, die Obhut zu entziehen, auch wenn er dadurch die Ausübung des Besuchsrechts des andern Elternteils verunmöglicht (155).

152 Das Aufenthaltsbestimmungsrecht über die Kinder ist der Kern der Obhut; vgl. § 1 A III 2. und IV

153 nach Massgabe des Art. 170 I und II ZGB

154 BGE 101 II 200ff.

155 Ebenso: Bühler/Spühler, N. 215 zu Art. 145 und N. 143 zu Art. 157; Hegnauer, Grundriss, S. 110; Décision de l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève vom 21.7.1977, wiedergegeben in: ZVW 32 (1977), S. 151ff.; gemäss neuerer, m.E. fragwürdigen, Bundesgerichtspraxis wird weder die elterliche Gewalt noch die Obhut durch das Besuchsrecht eingeschränkt, obwohl dessen Ausübung nicht behindert werden darf (BGE 107 II 502).

Was das Zivilrecht erlaubt, kann nicht vom Strafrecht pönalisiert werden. Daher fällt die Täterschaft des obhutausübenden Gewaltinhabers gegenüber dem Mitinhaber der Restgewalt gemäss Art. 220 StGB grundsätzlich ausser Betracht. Vorbehalten bleibt die rechtsmissbräuchliche Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts, die nur dazu dient, die Rechte des andern Elternteils zu vereiteln. Indizien für den Rechtsmissbrauch können etwa sein: der Zeitpunkt und die Motive des Wohnsitzwechsels und generell der Bezug zum gewählten Wohnort.

Kann die rechtsmissbräuchliche Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nachgewiesen werden, verliert der Obhutinhaber den Schutz seines Rechtes und kann sich gegenüber seinem Mitinhaber der elterlichen Gewalt aus Art. 220 StGB strafbar machen. Dieser Sachverhalt ist analog der Strafrechtslage zwischen beiden Inhabern der elterlichen Gewalt ohne Regelung der Obhut zu beurteilen (156).

Infolgedessen kann zwar dem Urteil des Tribunal de police du district d'Aigle (157) zugestimmt werden, seinen Erwägungen hingegen kann nicht gefolgt werden. Seiner Meinung nach macht sich derjenige Elternteil, dem die Obhut vom Eheschutzrichter zugewiesen wurde, gemäss Art. 220 StGB strafbar, wenn er mit den Kindern ins Ausland zieht. Dadurch verhindere er jegliche erneute richterliche Entscheidung bezüglich der Ausübung der elterlichen Gewalt und die Ausübung der dem andern Ehegatten verbliebenen Kompetenzen (158). Meines Erachtens verkannte das Gericht das von Art. 220 StGB geschützte Rechtsgut, das Aufenthaltsbestimmungsrecht (159), und liess sich von den Bestrebungen nach einer Verurteilung leiten. Die in casu ausgefallte Strafe kann meiner Meinung nach zwar gerechtfertigt werden, aber aufgrund anderer Erwägungen. Der Eheschutzrichter hatte die Ehefrau ermächtigt, sich für die Dauer von sechs Monaten von ihrem Ehepartner zu trennen, und ihr die Obhut über die gemeinsame Tochter zugeteilt, ohne vorerst über das Besuchsrecht des Ehemannes zu entscheiden. Kurz vor Ablauf der Trennungsfrist ging sie nach Frankreich und verhinderte so die Ausübung des dem Ehegatten inzwischen eingeräumten Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem

156 vgl. § 6 B II

157 Entscheid vom 18. September 1970, aufgeführt in JT 118 (1970) IV, S. 159f. und RS 1971 Nr. 157

158 JT 118 (1970) IV, S. 160

159 vgl. § 1 A IV und B III

Kind. Diese Umstände, speziell der Zeitpunkt der Abreise und die Wahl des Aufenthaltsortes, indizieren eine rechtsmissbräuchliche Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das Kind. Daher hätte die Strafbarkeit des Verhaltens unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauches überprüft werden müssen.

Zusätzlich möchte ich darauf hinweisen, dass sich die Ehefrau nach Ablauf der Trennungsfrist gemäss Art. 220 StGB zur Verantwortung ziehen lassen müsste, da mit dem Wegfallen der Berechtigung zur Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft auch der Entscheid bezüglich der Zuteilung der Obhut hinfällig wird (160).

Der Inhaber der elterlichen Gewalt ohne Obhut kann sich nicht auf den strafrechtlichen Schutz des Art. 220 StGB berufen. Art. 220 StGB sichert nur den Kern der elterlichen Gewalt: das Aufenthaltsbestimmungsrecht, das dem Obhutinhaber zusteht (161). Der strafrechtliche Schutz des Inhabers der Restgewalt lebt nach bundesgerichtlicher Praxis erst wieder auf, falls der Obhutinhaber dessen eingeräumtes Besuchsrecht vereitelt (162).

160 vgl. dazu § 6 B II und III

161 vgl. die Ausführungen sub § 1 A IV und B III

162 Näheres unter § 6 C II

II. Schutz des Besuchsrechts des Inhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut

1. Inhalt und Rechtsnatur des Besuchsrechts (163)

Art. 273 ZGB und Art. 8 I EMRK (164) räumen den Eltern einen Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind ein, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht.

Der persönliche Verkehr umfasst nebst dem Besuchsrecht den telefonischen und brieflichen Kontakt mit dem Kinde (165). Rechtsgrundlage ist das nach Art. 252 ZGB bestehende Kindesverhältnis (166). Das Recht auf persönlichen Verkehr steht den El-

- 163 Das Recht auf persönlichen Verkehr wird umfassend in drei Dissertationen abgehandelt: Blum Richard, Der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind, Diss. Zürich 1983; Reday Anne-Marie, Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit suisse, thèse Lausanne 1981, und Marthaler Maurice, Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite, thèse Neuchâtel 1963.
- 164 "Nach ständiger Rechtsprechung der Europäischen Konventionsorgane umfasst das Recht auf Familienleben gemäss Art. 8 Abs. 1 EMRK auch das Recht eines Elternteils auf Zugang zu seinem Kind und auf Kontakt mit diesem, so dass der Staat in Ausübung dieses Rechts nur unter den strengen Voraussetzungen, die in Abs. 2 des Artikels angeführt sind, eingreifen darf" (BGE 107 II 304); ebenso: Malinverni Giorgio, Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs, in: SJK 1378, Die Europäische Menschenrechtskonvention, S. 9ff.; Wildhaber Luzius, Die materiellen Rechte der Konvention mit Ausnahme der Artikel 5 und 6, in: ZSR N.F. 94 (1975) I, S. 529.
- 165 Hegnauer, Grundriss, S. 105; Blum, S. 72ff.; Reday, S. 1f.; Marthaler, S. 59; Di Bisceglia, S. 101; Hinderling, S. 105; Guler Albert, Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts, in: ZVW 39 (1984), S. 98f., der auf die vernachlässigte Problematik des Rechts auf brieflichen Kontakt hinweist; Bühler/Spühler, N. 308f. zu Art. 156; BGE der II. Zivilabteilung vom 15.10.1981, entnommen aus ZVW 37 (1982), S. 107; ZR 80 (1981) Nr. 66, S. 184
- 166 Die sog. Zahlvaterschaft nach altem Kindesrecht beinhaltet keinen gesetzlichen Anspruch auf persönlichen Verkehr (Entscheid der Justizdirektion Zürich vom 14.8.1979, wiedergegeben in: ZVW 35 (1980), S. 65; Hegnauer, Grundriss, S. 104; id., Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter, in: ZVW 34 (1979), S. 133: "Mit der Aufhebung des Kindesverhältnisses entfällt auch das elterliche Besuchsrecht."; BB1 1974 II 52 und 54; Blum, S. 50; Guler, a.a.O., S. 99; Bühler/Spühler, N. 298f. zu Art. 156; Vogel-Etienne, S. 243 und 245; BGE 107 II 500f.

tern um ihrer Persönlichkeit willen zu und ist deshalb untrennbar mit dem Berechtigten verbunden und nicht übertragbar (167). Das Persönlichkeitsrecht als solches, nicht aber dessen Ausübung, ist unverzichtbar. Hingegen postulieren Hegnauer (168) und Bühler/Spühler (169) infolge der starken Auswirkung auf die Persönlichkeit des Kindes und in Anbetracht des Kindeswohles die Möglichkeit des Verzichts und der Verwirkung des Rechts auf persönlichen Verkehr (170).

Das Besuchsrecht (171) wurzelt in der Persönlichkeit der Eltern und bildet daher nicht Bestandteil der elterlichen Gewalt (172). Diesem Grundsatz wurde auch gesetzessystematisch Rechnung getragen, indem die Normen bezüglich des persönlichen Verkehrs im 1. Abschnitt des VIII. Titels des ZGB: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, und nicht im 3. Abschnitt "Die elterliche Gewalt", plazierte wurden. Im Gegensatz zur elterlichen Gewalt als Pflichtrecht (173) besteht keine Besuchspflicht (174). Deren Durchsetzung dürfte schwerlich im Interesse des Kindes liegen und auch fast unüberwindlichen Schwierigkeiten begegnen (175).

- 167 Blum, S. 51; Hegnauer, Grundriss, S. 105; BBl 1974 II 52; Marthaler, S. 8 und 132; Hinderling, S. 105; Di Biscaglia, S. 101; Guler, a.a.O., S. 99; Bühler/Spühler, N. 295 zu Art. 156; Völkle, S. 121; Girard, chapitre 13; BGE 111 II 407, wiedergegeben in: ZVW 37 (1982), S. 107; BGE 107 II 501; BGE 100 II 81; BGE 98 IV 37; ZR 80 (1981) Nr. 66, S. 184
- 168 Grundriss, S. 105
- 169 N. 295 zu Art. 156
- 170 A.M. Blum, S. 52f., mit Verweis auf die h.L.; Hinderling, S. 105; In Anbetracht besonderer Umstände kann ausnahmsweise die Konvention, in welcher auf das Besuchsrecht verzichtet wird, genehmigt werden (ZR 58 (1959) Nr. 148, S. 360).
- 171 ebenso das Recht auf telefonischen und brieflichen Verkehr mit dem Kind
- 172 BBl 1974 II 52; BGE 98 IV 37; BGE 54 II 5f.; Kühnle, S. 44; Marthaler, S. 32; Völkle, S. 121
- 173 vgl. § 1 A I
- 174 BBl 1974 II 52; Hegnauer, Grundriss, S. 105; Blum, S. 53; Völkle, S. 123; Bühler/Spühler, N. 295 zu Art. 156
- 175 BBl 1974 II 52

Das Recht auf persönlichen Verkehr ist zwar ein Persönlichkeitsrecht der Eltern, aber nicht absoluter Natur: es kann gemäss Art. 274 II ZGB nicht nur beschränkt, sondern auch verweigert oder entzogen werden (176). Der persönliche Verkehr findet seine Schranken in der Persönlichkeit des Kindes und des Erziehers (177).

Art. 274 II ZGB nennt die Voraussetzungen, die zu einer dauernden oder zeitweiligen Verweigerung oder Entziehung des Rechts auf persönlichen Verkehr führen können:

- Gefährdung des Kindeswohles durch den persönlichen Verkehr (178);
- Pflichtwidrige Ausübung des Besuchsrechts (179);

- 176 Blum, S. 93; Hegnauer, Grundriss, S. 109; Marthaler, S. 127ff., 134ff. 138ff. und 143; Reday, S. 62ff.; Hinderling, S. 105f.; Bühler/Spühler, N. 295 zu Art. 156; BGE 111 II 407; BGE 107 II 302f.; BGE der II. Zivilabteilung vom 15.10.1981 in: ZVW 37 (1982), S. 108
- 177 ZR 80 (1981) Nr. 66, S. 184, mit Verweis auf Hegnauer, Grundriss, S. 108; Brauchli, S. 77f., 168f. und 179ff.; BGE der II. Zivilabteilung vom 15.10.1981 in: ZVW 37 (1982), S. 107; vgl. zu den durch das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers gesetzten Schranken § 6 C I
- 178 Die Gefährdung setzt keine Pflichtwidrigkeit oder ein Verschulden des Besuchsberechtigten voraus (ZR 80 (1981) Nr. 66, S. 183; BGE 107 II 303; 100 II 81; 95 II 387; BB1 1974 II 55; Hegnauer, Grundriss, S. 109; Blum, S. 95; a.M. Reday, S. 65). Die Gefährdung ist aber in Anbetracht, dass das Besuchsrecht dem Berechtigten um seiner Persönlichkeit willen zusteht, nicht leichthin anzunehmen (BGE 111 II 407, wiedergegeben in ZöF 83 (1986). S. 110); anderer Ansicht noch BGE 89 II 8 und ZR 80 (1981) Nr. 66, S. 186; vgl. Näheres zur Kindeswohlgefährdung bei Hegnauer, Grundriss, S. 109; Blum, S. 94ff.; Reday, S. 64ff.; Guler, a.a.O., S. 100f.; BGE 107 II 304; Entscheide des Bezirksrats Hinwil vom 14.3.1979 und der Justizdirektion Zürich vom 14.8.1979 in: ZVW 35 (1980), S. 66ff.
- 179 beispielsweise liegt Pflichtwidrigkeit vor bei Verstoss gegen Art. 274 I ZGB oder Anordnungen über das Besuchsrecht; vgl. zur Pflichtwidrigkeit: Blum, S. 96; Hegnauer, Grundriss, S. 109; Guler, a.a.O., S. 101; Reday, S. 66f.; BB1 1974 II 55; und Weiteres bei: Hegnauer, Grundriss, S. 110; Blum, S. 98; Reday, S. 68; Guler, a.a.O., S. 101; BB1 1974 II 55

- die Eltern kümmern sich nicht ernsthaft um das Kind (180);
 - andere wichtige Gründe (181).
- 113

3. Rechtsträger

a) Eltern

Die Eltern haben Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind, das nicht unter ihrer elterlichen Gewalt oder Obhut steht (Art. 273 ZGB). Der Anspruch setzt ein gesetzliches Kindesverhältnis nach Art. 252 ZGB voraus (182) und entsteht, sobald die elterliche Gewalt oder Obhut infolge einer eherechtlichen oder strafrechtlichen Anordnung (Art. 145, 170, 156, 133 ZGB und Art. 53 StGB) oder einer Kindesschutzmassnahme (Art. 310, 311, 312 ZGB) entzogen ist oder von Gesetzes wegen fehlt (Art. 296 II, 298 I ZGB) (183).

Erlöscht das Kindesverhältnis infolge Anfechtung (Art. 256ff., 260aff., 269ff. ZGB) oder Adoption (Art. 267 II ZGB), so entfällt auch das Besuchsrecht (184).

Haben die Eltern der Adoption zugestimmt oder kann von ihrer Zustimmung abgesehen werden, so erlischt das Recht auf persönlichen Verkehr, sobald das Kind zum Zwecke künftiger Adoption untergebracht wird (Art. 274 III ZGB). Diese Wirkung ist zwingend. Sie kann nicht durch Vereinbarung der Beteiligten oder Vorbehalt des zustimmenden Elternteils ausgeschlossen werden (185).

- 180 Nicht ernsthaft kümmert sich um das Kind beispielsweise der aussereheliche Vater, der seine Vaterschaft bestritten hat oder wer die Unterhaltungspflicht vernachlässigt; vgl. dazu: Blum, S. 96f.; Hegnauer, Grundriss, S. 109f.; Guler, a.a.O., S. 101; Reday, S. 67; BB1 1974 II 55.
- 181 Die Generalklausel ermächtigt den Richter zum Ermessensentscheid im Sinne des Art. 4 ZGB. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die Gefahr der Entführung ins Ausland besteht.
- 182 vgl. FN. 166 dieses Kapitels und Blum, S. 14
- 183 Hegnauer, Grundriss, S. 104; Blum, S. 15; Reday, S. 4ff.; vgl. zur Regelung unter dem alten Kindesrecht Marthaler, S. 11ff.
- 184 Hegnauer, Grundriss, S. 104; id., Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter, in: ZVW 34 (1979), S. 133
- 185 Hegnauer Cyril, Adoption und Besuchsrecht der leiblichen Mutter, in: ZVW 34 (1979), S. 133

Liegen ausserordentliche Umstände vor, so kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr auch andern Personen, insbesondere Verwandten, eingeräumt werden, sofern dies dem Wohle des Kindes dient (Art. 274a I ZGB). Dem alten Kindesrecht war ein solcher Anspruch fremd (186).

Fehlt zwischen dem Kind und dem biologischen Vater das rechtliche Kindesverhältnis oder ist es erloschen, so wird der Anspruch des leiblichen Elternteils auf persönlichen Verkehr gemäss Art. 274a I ZGB abgeklärt.

4. Festsetzung des persönlichen Verkehrs

a) Durch die Vormundschaftsbehörde

Grundsätzlich ist für Anordnungen über den persönlichen Verkehr die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz des Kindes zuständig (Art. 275 I ZGB). Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Richters nach den Bestimmungen über die Ehescheidung und den Schutz der ehelichen Gemeinschaft (Art. 275 II ZGB) (187).

Die Vormundschaftsbehörde hat das Besuchsrecht von Amtes wegen festzulegen, sobald dem Vater oder der Mutter oder beiden Elternteilen gestützt auf Art. 310ff. ZGB die Obhut oder die elterliche Gewalt entzogen wird (188). Erst auf Gesuch hin wird sie tätig, sofern der aussereheliche Vater oder Dritte ein allfälliges Besuchsrecht beantragen (189).

- 186 vgl. insbesondere BGE 54 II 4ff. und ZR 27 (1928) Nr. 91, S. 161f.; Blum, S. 16f.; Marthaler, S. 32ff. und 38ff.; Reday, S. 16ff. und 24ff.
- 187 Unter dem alten Kindesrecht basierte die sachliche Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zur Regelung des Besuchsrechts der Mutter, deren Kind unter Vormundschaft steht, nicht auf Art. 283 aZGB, sondern auf Art. 311 II aZGB; vgl. dazu den Entscheid des Bezirksrats Pfäffikon vom 3.7.1975, entnommen aus ZVW 31 (1976), S. 70; Marthaler, S. 61ff.
- 188 Blum, S. 180; Hegnauer, Grundriss, S. 106; Völkle, S. 127
- 189 Blum, S. 181; Hegnauer, Grundriss, S. 106f.; id., Die Beistandschaft für das ausserhalb der Ehe geborene Kind im neuen Kindesrecht (Art. 309 rev.ZGB), in: ZVW 32 (1977), S. 131; Pittet Jean-Paul, Le droit aux relations personnelles, in: ZVW 39 (1984), S. 2; Vogel-Etienne, S. 249

Oertlich zuständig ist die Behörde am Wohnsitz des Kindes (Art. 275 I ZGB). Daneben ist aber in Analogie zu Art. 315 II ZGB auch die Vormundschaftsbehörde am Aufenthaltsort des Kindes kompetent zur Besuchsrechtsregelung (190).

Gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde ist als einziges Bundesrechtsmittel die staatsrechtliche Beschwerde zulässig. Mangels Vorliegen einer Zivilstreitigkeit im Sinne des Art. 44 OG und der in lit. a-f aufgezählten Fälle ist die Berufung ausgeschlossen (191).

b) Durch den Richter (192)

"Verliert ein verheirateter Elternteil infolge Aufhebung des gemeinsamen Haushalts oder Scheidung oder Trennung der Ehe die Obhut oder die elterliche Gewalt über sein Kind, so ist es Sache des Richters, gestützt auf Art. 170, 145 oder 156/157 das Besuchsrecht festzusetzen und gegebenenfalls abzuändern ..." (193). Wird die Obhut oder elterliche Gewalt im Scheidungs- oder Trennungsurteil beiden Eltern entzogen, so regelt der Richter nebst dem elterlichen Besuchsrecht auch den persönlichen Verkehr des Kindes mit Dritten (Art. 274a ZGB) (194).

c) Zwischen den Ehegatten vereinbartes Besuchsrecht

Grundsätzlich bestimmt der Inhaber der elterlichen Gewalt resp. der Obhutinhaber über den persönlichen Verkehr mit ihrem Kind. So hält Art. 275 III ZGB fest, dass bei fehlenden Anordnungen bezüglich des Besuchsrechts der persönliche Verkehr nicht gegen den Willen der Person ausgeübt werden darf, welcher die elterliche Gewalt oder Obhut zusteht.

- 190 Hegnauer, Grundriss, S. 106; Blum, S. 184; Guler, a.a.O., S. 102f., betrachtet die Behörde am Aufenthaltsort ebenfalls als kompetent, hingegen nicht durch direkten Analogieschluss, sondern durch Füllung einer echten Gesetzeslücke in Anwendung von Art. 1 II ZGB; kritisch Pittet, a.a.O., S. 2.
- 191 BGE 107 II 501f.; Hegnauer, Grundriss, S. 107; Blum, S. 179
- 192 Näheres bei: Blum, S. 136ff., 153ff., 155ff. und 165ff.; Marthaler, S. 63ff.; Gianola, S. 64ff.; Pittet, a.a.O., S. 3ff.; Bühler/Spühler, N. 318ff. zu Art. 156; Guler, a.a.O., S. 103ff.
- 193 Hegnauer, Grundriss, S. 107
- 194 Hegnauer, Grundriss, S. 107; id., Die vormundschaftlichen Organe und das neue Kindesrecht, in: ZVW 33 (1978), S. 7f.; Gianola, S. 68; Bühler/Spühler, N. 323 zu Art. 156

Blum (195) versteht unter Anordnungen im Sinne des Art. 275 III ZGB lediglich die von der Vormundschaftsbehörde oder vom Richter, basierend auf Art. 275 I und II ZGB, getroffenen Regelungen. Eine zwischen dem Gewalt- resp. Obhutinhaber und dem andern Elternteil oder einem Dritten geschlossene Vereinbarung fällt nicht darunter (196). Die Ehegatten dürfen zwar Abmachungen über die Ausübung des Besuchsrechts treffen, diese können aber rechtlich nicht durchgesetzt werden (197). Insbesondere dürfen die Eltern untereinander Besuchsregelungen vereinbaren, die über die im Urteil oder behördlichen Entscheid festgelegten Anordnungen hinausgehen (198). Grenze und Richtschnur bildet das Kindeswohl.

Nach Ansicht Blums (199) können solche Vereinbarungen jederzeit durch einseitige Willenserklärung widerrufen und abgeändert werden. Hegnauer (200) hingegen bejaht die Zulässigkeit des Widerrufs nur, sofern wichtige Gründe vorliegen. Meines Erachtens entfaltet die zwischen den Eltern vereinbarte Besuchsregelung genauso eine interne Bindung wie der zwischen ihnen geschlossene Obhutvertrag (201). Von der Vereinbarung darf nur abgewichen werden, sofern dies das Kindeswohl fordert oder anderslautende richterliche oder behördliche Anordnungen ergehen (202). Die Konvention bezüglich des Besuchsrechts kann zwar nicht vollstreckt werden, sie muss aber vom Berechtigten im vom Gewalt- oder Obhutinhaber angestrebten Herausgabebefehlsverfahren gemäss Art. 301 III ZGB zumindest einredeweise vorgebracht werden können.

195 S. 197

196 Blum, S. 188

197 Blum, S. 127, 188 und 221f.; Bühler/Spühler, N. 318 zu Art. 156; Marthaler, S. 83

198 Blum, S. 127, 221f. und 229; das gerichtlich festgelegte Besuchsrecht stellt nur ein Minimum dar, auf das der Berechtigte unter allen Umständen Anspruch hat (ZR 58 (1959) Nr. 146, S. 359).

199 S. 188

200 Grundriss, S. 108

201 vgl. dazu § 6 B I; gl.M. Marthaler, S. 83

202 Für die Vormundschaftsbehörde oder für den Richter haben diese Vereinbarungen nur die Bedeutung von Anträgen; vgl. Hegnauer, Grundriss, S. 108 und Bühler/Spühler, N. 318 zu Art. 156.

Das Bundesgericht hielt im Entscheid 98 IV 35ff. (i.S. *Hélie de Pourtalès c. Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud*) (203) fest, dass sich der Mitinhaber der elterlichen Gewalt gegenüber dem andern Mitinhaber aus Art. 220 StGB strafbar mache, falls er ihm die Ausübung des Besuchsrechts vereittle. Die Strafbarkeit des Mitinhabers der elterlichen Gewalt setzt aber voraus, dass das Besuchsrecht des andern Mitinhabers gerichtlich fixiert worden ist (204).

Es liess offen, ob der Verstoss gegen das zwischen den Eltern vereinbarte Besuchsrecht strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen würde. Zumindest müsste dann aber die Einigung der Parteien über das Besuchsrecht vollständig und unmissverständlich sein (205), was in casu zu verneinen war. Diese Formulierung lässt auf eine zukünftige Praxisänderung schliessen: Art. 220 StGB soll auch das zwischen den Inhabern der elterlichen Gewalt vereinbarte Besuchsrecht schützen (206).

Das Gericht hatte zwar die Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt, dessen Obhut einzig auf Vertrag mit dem andern gewaltausübenden Elternteil beruhte, zu beurteilen. Seine Erwägungen zur Begründung der potentiellen Täterschaft des Mitinhabers, sofern er das gerichtlich eingeräumte Besuchsrecht des

- 203 abgedruckt in: Pra 61 (1972) Nr. 153, S. 493ff.; JT 121 (1973) IV, S. 29; Sem. 94 (1972), S. 481ff. und RS 1972 Nr. 338
- 204 BGE 98 IV 39; wobei im Leitsatz (S. 35) zusätzlich die Vollstreckbarkeit des Gerichtsurteils unter der Strafan drohung des Art. 292 StGB verlangt wird; vgl. dazu § 35 E und F.
- 205 BGE 98 IV 40: "Au surplus, si l'inexécution d'une convention non ratifiée par le juge devait entraîner des conséquences pénales, il faudrait au moins exiger que l'accord des parties soit complet et exempt d'équivoque."
- 206 Ansonsten hätte sich das Bundesgericht wohl kaum die Mühe genommen, die Voraussetzungen der Strafbarkeit festzulegen, sondern hätte die Möglichkeit der Strafbarkeit a priori ausgeschlossen.

ändern Elternteils verhindert, erfassen aber auch die Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt, dem die Obhut gerichtlich zugesprochen worden ist. Der strafrechtliche Schutz des Mitinhabers der Gewalt lebt auf, sobald dessen Besuchsrecht gerichtlich geregelt ist und unter der Strafdrohung des Art. 292 StGB vollstreckt werden kann (207).

Zusammenfassung: Der Mitinhaber der elterlichen Gewalt, dem die Obhut gerichtlich oder vertraglich eingeräumt worden ist, wird gemäss Art. 220 StGB bestraft, falls er dem gewaltausübenden Mitinhaber ohne Obhut dessen gerichtlich zugesprochenes Besuchsrecht vereitelt. Strafbarkeit des Nichtbefolgens einer vom Richter nicht genehmigten Konvention über das Besuchsrecht würde zumindest voraussetzen, dass die Einigung der Parteien vollständig und unmissverständlich ist.

6. Würdigung

Die Strafbarkeit des Mitinhabers der elterlichen Gewalt, der das Besuchsrecht des andern gewaltausübenden Elternteils verhindert, entspricht einem praktischen Bedürfnis (208), lässt sich aber nur schwer mit der historischen und teleologischen Auslegung des Art. 220 StGB vereinbaren (209). Dieser Straftatbestand schützt nicht die elterliche Gewalt als gesamtes, sondern einzig einen Bestandteil, das Aufenthaltsbestimmungsrecht. Den Schutzbereich des Art. 220 StGB auf das Besuchsrecht des Gewaltinhabers auszuweiten, ist dogmatisch fragwürdig, da es nicht einmal Bestandteil der elterlichen Gewalt bildet, sondern in der Persönlichkeit des rechtlichen Elternteils wurzelt (210). Zudem diskriminiert die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Elternteil ohne elterliche Gewalt in nicht zu rechtfertigender Weise. Dessen Besuchsrecht wird, obwohl es dieselbe Funktion und denselben Stellenwert hat, nicht von Art. 220 StGB erfasst, da dieser Tatbe-

207 BGE 98 IV 35 (Leitsatz b) und 38ff.; so auch Hinderling, S. 105 und Stratenwerth, BT II, S. 98; vgl. zum Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen § 35 E

208 vgl. dazu § 34 C

209 vgl. die Ausführungen zum geschützten Rechtsgut in § 1 A IV

210 Kritisch auch Blum, S. 284f. und Stratenwerth, BT II, S. 98, der sich generell gegen eine potentielle Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ausspricht.

stand auf den Konnex zur elterlichen Gewalt abstellt (211). Korrekterweise müsste Art. 220 StGB revidiert werden, um den Schutz des Besuchsrechts nicht nur des Mitinhabers der elterlichen Gewalt, sondern auch des gewaltfreien Elternteils, als eigenständiges Rechtsgut nebst dem Aufenthaltsbestimmungsrecht garantieren zu können.

Trotz dogmatischen Bedenken ist die bundesgerichtliche Praxis aus rechtlichen (212) und psychologischen Gründen verständlich. Meines Erachtens müsste aber, ebenso wie die Verletzung des zwischen den Ehegatten geschlossenen Obhutvertrages (213), konsequenterweise auch die Vereitelung des zwischen den Eltern vereinbarten Besuchsrechts strafrechtliche Folgen gemäss Art. 220 StGB nach sich ziehen.

§ 235 dtStGB schützt gemäss Rechtsprechung (214) und Lehre (215) das Besuchsrecht, auch wenn dem Berechtigten das Sorgerecht über das Kind abgesprochen wurde. Dieser strafrechtliche Schutz stellt sich nicht wie in der Schweiz in Widerspruch zur Dogmatik. Gemäss herrschender deutscher Lehre ist das Besuchsrecht ein Bestandteil der persönlichen Fürsorge, der auch erhalten bleibt, wenn das restliche Erziehungsrecht dem andern Elternteil zugesprochen wird. Da die Befugnis zum persönlichen Verkehr aus dem Sorgerecht folgt, ist sie Schutzgut des § 235 dtStGB. Jeder, auch der Elternteil, dem die Personenfürsorge zugewiesen wurde, macht sich aufgrund § 235 dtStGB strafbar, wenn er dem Berechtigten dessen Besuchsrecht vereitelt.

211 gl.M. Marthaler, S. 117

212 Insbesondere der mangelnde zivilrechtliche Schutz des Besuchsrechts (vgl. § 35 F) und Gründe der strafrechtlichen Prävention.

213 vgl. § 6 B I

214 RGSt 66 (1932). 254f.: Die Befugnis zu persönlichem Verkehr ist kein blosser Ausfluss der Blutsverwandtschaft, sondern auch sie ist in der elterlichen Gewalt begründet. Sie steht dem Berechtigten nicht nur um seiner selbst willen zu, sondern sie wird auch im Interesse des Kindes gewährt, damit sich der Berechtigte vom geistigen Wohle des Kindes überzeugen und allenfalls das Erforderliche veranlassen kann. BGH 10 (1958). 376ff. (378); Beschluss des OLG Hamm vom 28.6.1982, in: JR 83, S. 514 und MDR 82, S. 1040

215 Vogler, LK 10.A., N. 1 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 3 zu § 235

D. Aufhebung der elterlichen Obhut als Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 310 ZGB

I. Voraussetzungen

1. Gemäss Art. 310 I ZGB

Kann der Gefährdung des Kindes nicht anders begegnet werden, so hat die Vormundschaftsbehörde es den Eltern oder, wenn es sich bei Dritten befindet, diesen wegzunehmen und in angemessener Weise unterzubringen (Art. 310 I ZGB). Der Entzug der Obhut darf erst angeordnet werden, wenn die Gefährdung nicht durch geeignete Massnahmen aufgrund Art. 307 oder mittels einer Erziehungsbeistandschaft im Sinne des Art. 308 ZGB abgewendet werden kann (216). "Die Ursache der Gefährdung muss darin liegen, dass das Kind in der elterlichen Obhut nicht in der für seine körperliche, geistige und sittliche Entfaltung nötigen Weise geschützt und gefördert wird" (217).

Die Vormundschaftsbehörde entscheidet über die Art der Unterkunft. Das Kind kann in einer Pflegefamilie, einem Heim, bei einer Einzelperson oder in anderer Weise (218) untergebracht werden. Bei einem Jugendlichen, der sich der Mündigkeit nähert, kommt auch eine selbständige eigene Unterkunft in Betracht (219).

2. Gemäss Art. 310 II ZGB

Die gleiche Anordnung trifft die Vormundschaftsbehörde auf Begehren der Eltern oder des Kindes, wenn das Verhältnis so schwer gestört ist, dass das Verbleiben des Kindes im gemeinsamen Haushalt unzumutbar geworden ist und nach den Umständen nicht anders geholfen werden kann (Art. 310 II ZGB). "Davon werden alle Fälle

- 216 Vgl. zum Proportionalitäts- und Subsidiaritätsprinzip im Kindesschutzrecht: BBl 1974 II 82; Hegnauer, Grundriss, S. 148f.; Henkel, S. 61f.; Di Bisceglia, S. 13f. und 15ff.; Näf-Hofmann, S. 81ff. und 92f.
- 217 Hegnauer, Grundriss, S. 155, mit Verweis auf ZVW 33 (1978), S. 152
- 218 Di Bisceglia, S. 79f., erwähnt heilpädagogische Pflegestellen, Pflegekindergrössfamilien und Wohngemeinschaften.
- 219 Vgl. zu den einzelnen Unterbringungsvarianten: BBl 1974 II 83; Di Bisceglia, S. 72ff.; Näf-Hofmann, S. 94; Hegnauer, Grundriss, S. 156.

erfasst, in welchen das gestörte Verhältnis zwischen Eltern und Kind eine gedeihliche Erziehung nicht mehr gestattet, sondern die Entwicklung des meist schon herangewachsenen Unmündigen zu gefährden droht" (220).

Art. 310 II ZGB kodifiziert das bereits von der Praxis zum alten Kindesrecht eingeräumte Antragsrecht des Kindes (221).

Das elterliche Aufenthaltsbestimmungsrecht wird zum Schutz der Persönlichkeit der Eltern oder des Kindes entzogen (222).

3. Gemäss Art. 310 III ZGB

Hat ein Kind längere Zeit bei Pflegeeltern gelebt, so kann die Vormundschaftsbehörde den Eltern seine Rücknahme untersagen, wenn diese die Entwicklung des Kindes ernstlich zu gefährden droht (Art. 310 III ZGB). Das Aufenthaltsbestimmungsrecht der Gewaltinhaber, die Dritte mit der Ausübung der Obhut über ihr Kind vertraglich beauftragt haben, soll beseitigt werden können, um die Kontinuität des guten Aufwuchsortes, der für die Entwicklung des Kindes von entscheidender Bedeutung ist, zu gewährleisten (223).

Voraussetzung der Anordnung ist die "längere Hausgemeinschaft" des Kindes mit seinen Pflegeeltern, die zu einer Verwurzelung des Kindes führte. Um dem Einzelfall gerecht zu werden, darf der Zeitfaktor nicht absolut umschrieben werden; insbesondere weil bei Kleinkindern rascher eine tiefe Beziehung zu den Pflegeeltern entsteht als bei älteren Kindern (224). Hingegen darf die verhältnismässig lange Dauer eines Rechtsmittelverfahrens - nicht zuletzt auch infolge der Begutachtung - nicht dazu führen, die gesetzlich verlangte Voraussetzung des "längere Zeit" dauernden Aufenthaltes zu schaffen (225).

220 Hegnauer, Grundriss, S. 155; ebenso Di Bisceglia, S. 89

221 BBl 1974 II 83; Näf-Hofmann, S. 95; Di Bisceglia, S. 89

222 BBl 1974 II 83; Hegnauer, Grundriss, S. 155; Di Bisceglia, S. 88; Näf-Hofmann, S. 94

223 Vgl. die gesetzgeberischen Motive in BBl 1974 II 83 und bei Di Bisceglia, S. 90; ebenso BGE 111 II 125.

224 Hegnauer, Grundriss, S. 155; kritisch gegenüber dem unklaren Zeitbegriff, Di Bisceglia, der postuliert, nur auf den Kindeswohlgedanken abzustellen (S. 91f.).

225 Entscheid der II. Zivilabteilung des BGer vom 27.8.1985, ausführlich wiedergegeben in: ZVW 41 (1986), S. 77 und ZöF 83 (1986), S. 43ff. (teilweise veröffentlicht in BGE 111 II 119ff.).

Danebst gilt es zu prüfen, ob die Umplazierung die Entwicklung des Kindes ernsthaft gefährdet. Neben dem Kindeswohl ist aber auch dem natürlichen Recht der leiblichen Mutter, ihr Kind weiterhin selbst zu betreuen, zu pflegen und zu erziehen, Rechnung zu tragen (226).

"Eltern, die sich trotz der Fremdplazierung um den Aufbau und die Pflege einer persönlichen Beziehung zu ihrem Kind bemüht haben, brauchen indessen nicht zu befürchten, dass Art. 310 Abs. 3 ZGB mit Erfolg gegen ihre ernsthafte Absicht, das Kind eines Tages wieder selbst zu betreuen und zu erziehen, angerufen werden könnte" (227). Diesen Grundsatz kritisiert Di Bisceglia (228), nach dessen Ansicht das Bemühen der Eltern keine Gewähr dafür bietet, dass auch eine tiefe Beziehung zu ihren Kindern entsteht. In Anbetracht der das Kindesrecht beherrschenden Maxime des Kindeswohles, welche die Interessen der Eltern zurücktreten lässt, teile ich seine Bedenken. Der bundesgerichtliche Leitsatz wird zudem dadurch relativiert, dass die Vormundschaftsbehörde auf die im Zeitpunkt der Entscheidung herrschende Situation abstellt. Die Umstände, die zur Begründung des Pflegeverhältnisses geführt haben, z.B. wirtschaftliche Notlage, Krankheit, Plazierung zur Adoptionspflege ohne gültige Zustimmung der Mutter, sind irrelevant (229). Ebenso bedeutungslos sind demzufolge die Anstrengungen der Eltern, das Verhältnis zum Kinde intensiv auszugestalten, wenn zwischen dem Kind und den Pflegeeltern eine echte, durch Art. 310 III ZGB zu schützende, "Familiengemeinschaft" entstanden ist.

Der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts der Inhaber der elterlichen Gewalt aufgrund Art. 310 III ZGB setzt selbstverständlich voraus, dass die Pflegeeltern bereit sind, das Kind weiterhin zu betreuen.

226 BGE 111 II 124; a.M. Hegnauer, der bei Interessenkollisionen zwischen dem Kind und seinen Eltern sowie den Pflegeeltern letztlich dem Kindeswohl den Vorrang einräumt (Zum Verbot der Rücknahme des Kindes vom Pflegeplatz gemäss Art. 310 Abs. 3 ZGB, in: ZVW 40 (1985), S. 144); Di Bisceglia, S. 93.

227 BGE 111 II 123 mit Verweis auf BB1 1974 II 83 und Hegnauer, Grundriss, S. 155

228 S. 93

229 Hegnauer, op.cit., S. 144

Die Entziehung des Aufenthaltsbestimmungsrechts gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt, basierend auf Art. 310 ZGB, erfolgt durch die Vormundschaftsbehörde. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Richters, der nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat (Art. 315a I ZGB). Dessen Kompetenz wird wiederum durch die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zurückgedrängt, sofern das Kindesschutzverfahren vor dem Scheidungsverfahren durchgeführt oder eingeleitet worden ist oder die vorsorglichen Massnahmen vom Richter voraussichtlich nicht rechtzeitig getroffen werden können (Art. 315a II ZGB) (230).

Oertlich zuständig ist die Vormundschaftsbehörde am Wohnsitz oder am Aufenthaltsort des Kindes (Art. 315 I und II ZGB). Die Zuständigkeiten sind rechtlich gleichwertig (231).

Wird die elterliche Obhut gemäss Art. 310 III ZGB aufgehoben, so wird in der Regel die Behörde am Aufenthaltsort des Kindes den Entscheid zu treffen haben.

Gegen den Entscheid der Vormundschaftsbehörde können die Betroffenen und Interessierten binnen zehn Tagen Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde führen (Art. 420 II ZGB) (232).

- 230 vgl. Näheres bei: Henkel, S. 104ff.; Hegnauer, Grundriss, S. 158ff.; id., Zur Abgrenzung der Kinderschutzbefugnisse der vormundschaftlichen Behörden und des Scheidungsrichters (Art. 315a Abs. 1 und 2 Ziff. 1 ZGB), in: ZVW 36 (1981), S. 58ff. und § 5 C I (FN. 22) und § 5 C IV (FN. 48)
- 231 Hegnauer, Grundriss, S. 159; id., Zur örtlichen Zuständigkeit für die Anordnung und Führung von Kindeschutzmassnahmen nach Art. 315 ZGB, in: ZVW 38 (1983), S. 106ff.; id., Das schweizerische Pflegekinderrecht - Struktur und Entwicklung, in: ZVW 40 (1985), S. 100; vgl. zur örtlichen Zuständigkeit auch Henkel, S. 135ff. und Gianola, S. 120ff.
- 232 Beschwerdeberechtigt ist jedermann, der ein Interesse hat (Art. 420 I ZGB). Beispielsweise jeder Elternteil, das urteilsfähige Kind, Pflegeeltern, Stiefeltern, andere Personen, die dem Kinde nahe verbunden sind, Stellen der freiwilligen oder gesetzlichen Jugendhilfe (vgl. Hegnauer, Grundriss, S. 161).

Grundsätzlich kann gegen die Massnahme aufgrund des Art. 310 ZGB keine Berufung ans Bundesgericht erhoben werden (233). Als einziges Bundesrechtsmittel steht die staatsrechtliche Beschwerde zur Verfügung (234). Plaziert die Vormundschaftsbehörde das Kind gemäss Art. 310 I oder II ZGB in einer Anstalt (235), so ist dieser Entscheid ausnahmsweise der Berufung zugänglich, da die Vorschriften über die gerichtliche Beurteilung und das Verfahren bei fürsorgerischer Freiheitsentziehung gegenüber mündigen oder entmündigten Personen (Art. 397a-f ZGB) sinngemäss anzuwenden sind (236).

III. Strafrechtslage bezüglich Art. 220 StGB

1. Aufhebung der elterlichen Obhut nur gegenüber einem Elternteil

Der Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht gemäss Art. 310 ZGB behördlich abgesprochen wurde, muss sich aufgrund des Art. 220 StGB zur Verantwortung ziehen lassen, wenn er sein Kind dem Inhaber der Obhut entzieht oder vorenthält.

War er zuvor Alleininhaber der elterlichen Gewalt, so macht er sich durch Entzug des Kindes gegenüber der Vormundschaftsbehörde strafbar. Mit der Anordnung der Fremdunterbringung basierend auf Art. 310 ZGB geht das Aufenthaltsbestimmungsrecht vom Inhaber der elterlichen Gewalt auf die Vormundschaftsbehörde über (237).

- 233 Teilweise veröffentlichtes Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. August 1985 (BGE 111 II 119ff.), ausführlicher wiedergegeben in: ZVW 41 (1986), S. 72; Bundesgerichtsurteil der II. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1983, zusammengefasst in: ZöF 81 (1984), S. 159f.
- 234 Art. 84ff. OG (als Beschwerdegründe sind in casu die Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger (Art. 84 I lit. a OG) oder die Verletzung bundesrechtlicher Vorschriften über die Abgrenzung der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit (Art. 84 I lit. d OG) in Betracht zu ziehen)
- 235 Ein Schulheim gilt als eine Anstalt (Hegnauer, Grundriss, S. 161).
- 236 Art. 44 lit. f OG; Bundesgerichtsentscheid der II. Zivilabteilung vom 20. Dezember 1983, wiedergegeben in: ZöF 81 (1984), S. 159f.; Entscheid der Psychiatrischen Gerichtskommission des Kt. ZH vom 18. November 1982, abgedruckt in: ZVW 38 (1983), S. 118; Hegnauer, Grundriss, S. 161
- 237 Es kann auf die Ausführungen zum geschützten Rechtsgut in § 1 A IV 3. und § 1 B III verwiesen werden.

Der Mitinhaber der elterlichen Gewalt, dem die Obhut zusteht, ist durch Art. 220 StGB genauso geschützt gegenüber dem Mitinhaber, dem die Vormundschaftsbehörde das Aufenthaltsbestimmungsrecht entzogen hat, wie derjenige Elternteil, dem die Obhut gerichtlich zugesprochen wurde (238). Diese Fallkonstruktion wird in der Praxis eher selten anzutreffen sein, da die Aufhebung der Obhut einzig gegenüber einem Elternteil in der Regel den erstrebten Kindesschutz nur bewirkt, falls die Gewaltinhaber getrennt leben. Ist aber der gemeinsame Haushalt aufgelöst, so wird die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörde zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen regelmässig von der richterlichen Kompetenz zurückgedrängt.

Der Elternteil, dessen Obhut über das Kind von der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 310 ZGB aufgehoben wurde, kann sich auf den Schutz des Art. 220 StGB berufen, sobald ihm das von der Behörde eingeräumte Recht auf persönlichen Verkehr vereitelt wird (239).

2. Aufhebung der elterlichen Obhut gegenüber beiden Inhabern der elterlichen Gewalt

Die Aufhebung der elterlichen Obhut bedeutet den Verlust des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind. Somit erfahren die Eltern als blosser Inhaber der restlichen elterlichen Gewalt nur noch bezüglich ihres behördlich zugesprochenen Besuchsrechts strafrechtlichen Schutz aus Art. 220 StGB (239). Hingegen kommen sie als Täter dieses Straftatbestandes in Betracht. Es gilt zu prüfen, ob sie sich einzig gegenüber der Vormundschaftsbehörde, als Trägerin des Aufenthaltsbestimmungsrechts, strafbar machen können, oder aber auch gegenüber den mit der Ausübung der Obhut behördlich beauftragten Pflegeeltern oder Heimleitern.

238 vgl. dazu § 6 A und insbesondere Hegnauer, Grundriss, S. 156

239 Vgl. zum strafrechtlichen Schutz des Besuchsrechts des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut § 6 C II; das behördlich festgelegte Besuchsrecht wird genauso geschützt wie das vom Richter eingeräumte.

a) Rechtsstellung der Pflegeeltern (241)

Die Pflegeeltern sind nicht Inhaber der elterlichen Gewalt, sondern deren gesetzliche Stellvertreter. Diese stellvertretende Ausübung der elterlichen Gewalt begründet kein selbstständiges Recht der Pflegeeltern, sondern ist der elterlichen Gewalt untergeordnet (242). Sie sind auch nicht Inhaber der Obhut, sondern lediglich zu deren Ausübung berechtigt. Ihre dem Gewaltinhaber untergeordnete Rechtsposition schliesst gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Berechtigung aus, gegen die willkürliche behördliche Ablehnung eines Rücknahmeverbotes gemäss Art. 310 III ZGB staatsrechtliche Beschwerde zu führen (243). Art. 310 III ZGB ist eine Kindesschutzmassnahme, für die allein das Kindesinteresse massgebend ist. "Das Interesse der Pflegeeltern an der Anwendung dieser Bestimmung ist rein tatsächlicher Art und rechtlich nicht geschützt. Es kann aber auch nicht Sache der Pflegeeltern sein, Beschwerde zu führen, um das Kindesinteresse geltend zu ma-

- 240 Dieselbe Rechtsproblematik stellt sich im Verhältnis der obhutausübenden Mutter ohne elterliche Gewalt zum Vormund ihres Kindes und zu Dritten.
- 241 vgl. näheres zum Pflegeverhältnis und dessen behördliche Beaufsichtigung bei: Bättig Hans, Die Pflegekinderaufsicht im Bund und in den Kantonen, Diss. Zürich 1984; Völkle Maya, Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, Diss. Basel 1978; Vogel-Etienne Christine, Das Pflegeverhältnis vor der Adoption, Diss. Zürich 1981; Girard Jean-Christoph, La réglementation du placement des mineurs dans le nouveau droit suisse de la filiation, thèse Neuchâtel 1983; Hegnauer, Grundriss, S. 163f.; Guggenbühl-Hertner Jacqueline, Das Pflegekind: gestern, heute - und morgen?, in: SJZ 71 (1975), S. 89-94; Müller Helmut, Erreichtes und Wünschbares in der rechtlichen Ausgestaltung des Pflegekinderwesens, in: ZöF 77 (1980), S. 18-45; Spinner Regula, Kinder mit zwei Familien - Bedürfnisse des Pflegekindes, in: ZöF 77 (1980), S. 36-40 und S. 58-62
- 242 Hegnauer Cyril, Die Legitimation der Pflegeeltern zur staatsrechtlichen Beschwerde (Bemerkungen zu BGE 110 Ia 78), in: ZVW 40 (1985), S. 54; vgl. zur Rechtsstellung der Pflegeeltern die Ausführungen in § 1 A II 5. und III 2.e)
- 243 BGE 110 Ia 78f., wiedergegeben in: ZVW 40 (1985), S. 67ff. und ZöF 82 (1985), S. 15f.

chen. Die Wahrung des Kindesinteresses obliegt neben dem Inhaber der elterlichen Gewalt allein der Vormundschaftsbehörde" (244).

b) Strafrechtslage bezüglich Art. 220 StGB

Wird den Pflegeeltern das Kind von den Inhabern der elterlichen Gewalt, denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht abgesprochen worden ist, oder von Drittpersonen entzogen oder vorenthalten, so können sie sich nicht auf Art. 220 StGB berufen. Rechtsträger des durch diesen Straftatbestand geschützten Aufenthaltsbestimmungsrechts sind einzig die Vormundschaftsbehörden, die eine Fremdunterbringung gemäss Art. 310 ZGB angeordnet haben. Eltern oder Drittpersonen machen sich durch Entzug des Kindes nur gegenüber der Vormundschaftsbehörde strafbar.

Ebenso werden die Pflegeeltern, die sich dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts - sei dies der Elternteil oder die Vormundschaftsbehörde - dadurch widersetzen, dass sie ihm das Kind entziehen oder vorenthalten, aus Art. 220 StGB zur Verantwortung gezogen. Vertragliche Bindungen können den absoluten Herausgabeanspruch des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts gemäss Art. 301 III ZGB nicht beseitigen (245). Der Pflegevertrag hebt die Widerrechtlichkeit nicht auf.

Die meisten kantonalen Strafgesetzbücher schützten, mit unterschiedlicher Ausgestaltung ihrer Kinderraubtatbestände, die Pflegeeltern. So sah die Gruppe der Kantone, die sich bei der Regelung des Deliktes an das Reichsstrafgesetzbuch § 235 anlehnte (246) vor, dass sowohl die Eltern als auch Dritte

- 244 BGE 110 Ia 79; Kritik von Hegnauer, a.a.O., S. 54f.: nach dessen Ansicht setzt sich diese Rechtsprechung in Widerspruch zu Art. 300 II ZGB, der verlangt, dass das Vorbringen der Pflegeeltern sachlich, also willkürfrei, gewürdigt wird; zusätzlich verstösst sie gegen Art. 8 EMRK, der auch die Beziehung der Pflegeeltern zum Pflegekind schützt (Hegnauer, Das schweizerische Pflegekinderrecht - Struktur und Entwicklung, in: ZVW 40 (1985), S. 105).
- 245 gl.M. Kühnle, S. 42 und 49; vgl. auch den Entscheid der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 29.1.1965, abgedruckt in: ZBJV 104 (1968), S. 262ff.
- 246 In diese Gruppe gehören die Kantone Solothurn, Basel und Schwyz; vgl. Wurstemberger, S. 58f.

dieses Delikt auch gegenüber Personen, denen das Kind auf Anordnung der Vormundschaftsbehörde unterstellt ist, begehen können. Nicht gesichert vor der Entziehung des Kindes waren hingegen die Pflegeeltern, die bloss aufgrund eines Vertrages mit den Eltern zur Ausübung der Obhut berechtigt waren (247).

Einen vollumfänglichen strafrechtlichen Schutz aller mit der Obhut über das Kind betrauten Personen, sei es auch nur aufgrund einer vertraglichen Regelung, gewährten die Strafgesetzbücher der Kantone Genf, Waadt, Freiburg, Wallis, Neuenburg, Bern, Tessin und Zürich (248).

Eine der Schweiz analoge Regelung trifft § 235 dtStGB. Die Pflegeeltern werden nur strafrechtlich geschützt, sofern ihnen die Personensorge vom Vormundschaftsgericht gemäss § 1666 BGB vollumfänglich übertragen wird oder aufgrund des § 1630 III BGB zusteht. Hat ihnen das Jugendamt aufgrund seines Personensorgerechts lediglich die Kinder zur weiteren Erziehung anvertraut, so kommt der Strafrechtsschutz des § 235 dtStGB einzig dem Jugendamt zu (249).

Auch § 195 öStGB schliesst den Schutz der Pflegeeltern, bei denen das Kind im Rahmen der Fürsorgeerziehung untergebracht ist, aus, da ihnen kein gesetzliches Erziehungsrecht zusteht (250).

4. Exkurs: Schutz der Heimleiter durch Art. 220 StGB?

Die Rechtsstellung der Heimleiter bezüglich Art. 220 StGB entspricht derjenigen der Pflegeeltern. Sie sind Hilfsorgane (251), die von den Inhabern der Obhut mit deren Ausübung betraut wurden. Sowohl den Eltern als auch den vormundschaftlichen Behör-

247 Wurstemberger, S. 61 und 64

248 Wurstemberger, S. 72ff., 75, 89, 91 und 109

249 Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.10.1980, abgedruckt in: JR 81, S. 386ff.; Eser, SS, N. 13 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 14 und 16 zu § 235; Lackner, N. 2 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 3 zu § 235

250 Pallin, N. 2 zu § 195

251 vgl. die Ausführungen unter § 1 A III 2.d)

den, denen das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind zusteht, ist es verboten, die Obhut als solche auf Dritte zu übertragen (252).

Da die Heimleiter die Obhut bloss ausüben, nicht aber besitzen, können sie sich nicht auf Art. 220 StGB berufen, wenn ihnen das anvertraute Kind von den Eltern oder Dritten entzogen oder vorenthalten wird. Die Täter machen sich nur gegenüber dem Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts strafbar.

Auch die Heimleiter selbst kommen als Täter zu Art. 220 StGB in Betracht, falls sie entgegen dem Willen des Berechtigten über den Aufenthaltsort des Kindes frei verfügen.

5. Exkurs: Strafrechtlicher Schutz des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut, der die Tat nicht billigt?

Der Elternteil, dem das Aufenthaltsbestimmungsrecht abgesprochen wurde, verliert den strafrechtlichen Schutz des Art. 220 StGB. Wird das Kind vom andern Elternteil oder von Dritten den Pflegeeltern weggenommen oder aus dem Heim weggeholt, so kann jener einzig bei der Vormundschaftsbehörde, als Trägerin des Aufenthaltsbestimmungsrechts aufgrund des Art. 310 ZGB, Anzeige erstatten, um sie zu informieren und veranlassen, die erforderlichen Schritte vorzukehren.

E. Der Vormund als Täter gegenüber seinem Mitvormund

Art. 279 II und III ZGB ermöglichen beim Vorliegen besonderer Umstände die mehrfache Vormundschaft: dem gleichen Mündel werden zwei oder mehrere Vormünder bestellt. Dieses Institut ist in der Praxis geradezu eine Rarität (253).

Strafrechtsprobleme bezüglich Art. 220 StGB entstehen einzig bei der gemeinsamen Amtsführung. Denn hier stehen mehreren Vormündern die gesamten Rechte und Pflichten des Einzelvormundes zu.

252 vgl. dazu § 1 A I 2. und § 1 A III 2.d)

253 Schnyder/Murer, N. 79 zu Art. 379, führen als Nachteil beispielsweise die Schwerfälligkeit des kollegialen Amtes auf.

Dabei gilt der Grundsatz, dass sie gemeinsam handeln (254). Somit treffen wir im Bereiche der persönlichen Fürsorge auf dieselbe Situation wie bei der gemeinsamen Ausübung der elterlichen Gewalt, in der es gilt, die einzelnen Rechtsstellungen im Konfliktfall gegeneinander abzuwägen (255). Diese Problematik entfällt bei der geteilten Amtsführung, bei der die Gesamtzuständigkeit des Vormundes in Teilbereiche, die den einzelnen Vormündern in je eigener Kompetenz zugewiesen werden, aufgeteilt wird, denn jeder Mitvormund handelt in seinem Bereich selbständig (256).

Verfügt ein Mitvormund frei über den Aufenthaltsort des Kindes, ohne die nachträgliche Genehmigung der andern Vormünder oder entgegen deren ausdrücklichen Willen, so hat er sich ihnen gegenüber aus Art. 220 StGB zu verantworten.

Die Strafrechtslage wird dadurch entschärft, dass bei latenten Meinungsverschiedenheiten die Vormundschaftsbehörde selbst oder durch einen Beistand gemäss Art. 392 Ziff. 3 ZGB handeln kann (257). Sodann macht sich der Mitvormund, der das Kind entzieht oder vorenthält, ihr gegenüber strafbar.

F. Der Vormund als Täter gegenüber der Vormundschaftsbehörde

Sowohl der Vormund als auch die Vormundschaftsbehörde sind Träger des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind (258). Grundsätzlich bestimmt der Vormund über dessen Aufenthaltsort. Drängt sich jedoch eine Einweisung in eine Erziehungs-, Versorgungs- oder Heilanstalt auf, entscheidet die Vormundschaftsbehörde auf Antrag des Vormundes in eigener Kompetenz. Ihre Zuständigkeit wird einzig bei drohender Gefahr durch die des Vormundes abgelöst (Art. 405a I ZGB) (259).

254 vgl. Schnyder/Murer, N. 83 zu Art. 379

255 vgl. dazu § 6 A, insbesondere B, und C

256 vgl. Näheres zur geteilten Amtsführung bei Schnyder/Murer, N. 84 zu Art. 379

257 vgl. Schnyder/Murer, N. 83 zu Art. 379

258 vgl. § 1 A III 2.c)bb)

259 vgl. § 1 B II 3.

Der Vormund, der das in eine Anstalt eingewiesene Mündel entzieht oder vorenthält, wird zum Täter des Art. 220 StGB gegenüber der Vormundschaftsbehörde, der in diesem Bereich das alleinige Aufenthaltsbestimmungsrecht zusteht (260).

Entführen die Eltern oder Dritte das Kind aus der Anstalt, so kann sich einzig die Vormundschaftsbehörde als Inhaberin der Obhut auf Art. 220 StGB berufen (261). Der Vormund wird bezüglich des "Heimkindes" nicht durch diesen Tatbestand geschützt.

§ 7 Das Kind als Täter?

Aufgrund der Wesensart der elterlichen Gewalt erwächst dem Kind aus Art. 220 StGB mittelbarer Schutz (262). Infolgedessen und durch den Gesetzeswortlaut selbst ist die Täterschaft des Kindes ausgeschlossen (263). Nimmt es am Delikt teil, so bleibt seine Mitwirkung als notwendige Teilnahme straflos, sogar dann, wenn sein Tatbeitrag die Grenze der notwendigen Beteiligung überschreitet (264). Rechtlich irrelevant ist auch seine Zustimmung (265).

Aufgrund derselben Erwägungen verneinen sowohl die deutsche (266) als auch die österreichische (267) Strafrechtslehre die potentielle Täterschaft des Minderjährigen bezüglich der Kindesentziehung.

- 260 Auszuschliessen sind die Fälle, in denen die Kompetenz des Vormundes bei drohender Gefahr gemäss Art. 405a I ZGB wieder auflebt.
- 261 vgl. zur erforderlichen Tathandlung § 3
- 262 vgl. dazu § 1 A I und IV 1., § 14 und § 15
- 263 gl.M. Stratenwerth, BT II, S. 98
- 264 vgl. dazu § 14 und § 15
- 265 Thormann/Overbeck, N. 7 zu Art. 220; Logoz, N. 3 zu Art. 220; Zürcher, S. 262f.; Petrzilka, S. 291; Stratenwerth, BT II, S. 98; vgl. auch § 22 D
- 266 Eser, SS, N. 14 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 27 zu § 235; Horn, SK, N. 10; Lackner, N. 1 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235; Schwarz, S. 138f.
- 267 Mayerhofer/Rieder, FN. 3 und N. 24 zu § 195; Pallin, N. 10 zu § 195

§ 8 Der Vorsatz**I. Direkter Vorsatz (dolus directus)**

Nach Art. 220 StGB macht sich nur strafbar, wer vorsätzlich handelt (Art. 18 I StGB).

Vorsätzlich verübt ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt (Art. 18 II StGB).

Das Wissen, die sogenannte intellektuelle Vorsatzkomponente (1), setzt die Kenntnis aller für die jeweilige strafbare Handlung spezifischen, objektiven Tatbestandselemente voraus.

In casu wird vom Täter das aktuelle Bewusstsein um die Unmündigkeit des Kindes, die Inhaberschaft der elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewalt und die Art und Weise der Tathandlung (entziehen oder vorenthalten) gefordert.

Nicht erforderlich ist, dass der Täter weiss, wer der Gewaltinhaber ist (2). Es genügt, wenn ihm die Unmündigkeit des Kindes bekannt ist, denn Minderjährige stehen immer unter elterlicher resp. vormundschaftlicher Gewalt (3). Das Wissen um die Unmündigkeit schliesst somit die Kenntnis des elterlichen resp. vormundschaftlichen Gewaltverhältnisses mit ein.

Ausnahmsweise muss der Täter wissen, wer der Gewaltinhaber ist. Dann nämlich, wenn ihm vorgeworfen wird, er habe das Kind vorenthalten und unklar ist, ob derjenige, der dessen Herausgabe verlangt, auch wirklich der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts sei.

Mit dem Willen im Sinne der Legaldefinition des Vorsatzes, der sogenannten voluntativen Komponente, ist der Verwirklichungswille gemeint (4). Der Täter muss entschlossen sein, "die in seiner Vorstellung enthaltenen objektiven Tatbestandsmerkmale zu verwirklichen" (5). Dies setzt voraus, dass er sich zutraut, das

1 Hauser/Rehberg, S. 69; Noll, AT I, S. 79; vgl. auch Schultz, AT I, S. 188ff. und Stratenwerth, AT I, S. 148ff.

2 a.M. Thormann/Overbeck, N. 8 zu Art. 220; unklar Petrzilka, S. 291

3 Art. 296 und 368 I ZGB

4 Hauser/Rehberg, S. 69; Noll, AT I, S. 81; vgl. auch Schultz, AT I, S. 189; Stratenwerth, AT I, S. 160

5 Hauser/Rehberg, S. 69

von ihm in Gang gesetzte Geschehen zu beeinflussen (sog. Tatmacht). Die blossе Hoffnung genügt nicht (6).

133

"Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts gehört zum Vorsatz gemäss Art. 18 Abs. 2 StGB nur das auf die objektiven Merkmale des Deliktatbestandes bezogene Wissen und Wollen, nicht aber auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit oder gar dasjenige der Strafbarkeit" (7).

Das Wissen und der Wille, eine strafbare Handlung zu begehen, sind ebenso wie die Motive, Absichten und Vorstellungen des Täters Feststellungen über den Sachverhalt, die den Kassationshof des Bundesgerichts gemäss Art. 273 Ziff. 1 lit. b und 277bis I BStP binden (8).

Der Täter handelt mit direktem Vorsatz, wenn die Tatbestandsverwirklichung das eigentliche Handlungsziel, die notwendige Voraussetzung oder Nebenfolge des angestrebten Endziels darstellt (9).

II. Eventualvorsatz (dolus eventualis)

Eventualvorsätzlich handelt, wer die Möglichkeit strafbaren Verhaltens voraussieht und deren Verwirklichung in Kauf nimmt, sollte sie eintreten (10). Die in der Gerichtspraxis verwendeten Ausdrücke "in Kauf nehmen", "sich abfinden", "billigen", "ein-

- 6 Rehberg/Hauser, S. 72; Stratenwerth, AT I, S. 122; gemäss Noll, AT I, S. 82, ist diese Voraussetzung umstritten.
- 7 BGE 107 IV 207 mit Verweis auf BGE 99 IV 58f.; BGE 104 IV 182; a.M. Schultz, AT I, S. 192f., welcher der Vorsatztheorie den Vorrang einräumt; weitere Anhänger der Vorsatztheorie aufgelistet bei Donatsch Andreas, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, in: ZStrR 102 (1985), S. 49 FN. 131
- 8 Entscheid des Kassationshofes des BGer vom 15.8.1979, wiedergegeben in RS 1981 Nr. 3
- 9 vgl. die graphische Darstellung bei Hauser/Rehberg, S. 72f.; ferner: Schultz, AT I, S. 193f.; Stratenwerth, AT I, S. 161ff., der zwischen dolus directus ersten und zweiten Grades unterscheidet; diese Differenzierung ist aber rechtlich irrelevant; Noll, AT I, S. 83ff.
- 10 Schultz, AT I, S. 195; vgl. dazu auch: Hauser/Rehberg, S. 74ff.; Noll, AT I, S. 85 und Stratenwerth, AT I, S. 163ff.; Kölz-Ott Monika, Eventualvorsatz und Versuch, Diss. Zürich 1974, S. 2ff.; Entscheid des Kassationshofes des BGer vom 15.8.1979, wiedergegeben in RS 1981 Nr. 3; Entscheid des Cour de cassation pénale Fribourg vom 20.2.1978, abgedruckt in RS 1980 Nr. 1068; Entscheid des aargauischen Obergerichtes vom 24.5.1984, abgedruckt in AGVE 1984 Nr. 23, S. 87f.

verstanden sein", sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht notwendig im Sinne einer ethisch wertenden Zustimmung des Täters zu verstehen (11). "Auch wenn der als möglich vorausgesehene Erfolg dem Täter unerwünscht oder unangenehm ist, kann er eventualiter gewollt sein" (12).

Der *dolus eventualis*, der sich nur auf der Wissensseite vom *dolus directus* unterscheidet, ist diesem rechtlich gleichzusetzen (13).

Wie der *dolus directus* muss sich der Eventualvorsatz auf alle objektiven Tatbestandselemente beziehen. Bezüglich des Art. 220 StGB ergeben sich hingegen folgende Spezialitäten: Der Täter, der in Kauf nimmt, dass das von ihm entzogene oder vorenthaltene Kind unmündig ist, erfüllt bereits den subjektiven Tatbestand eventualvorsätzlich. Denn dann rechnet er zwangsläufig damit, dass es der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzogen werden könnte (14). Weiss der Täter um die Möglichkeit der Unmündigkeit des Kindes, so schliesst der diesbezügliche Eventualvorsatz auch den betreffend die strafbare Handlung ein.

§ 9 Sachverhaltsirrtum (recte Tatbestandsirrtum)

I. Allgemeines

Grundsätzlich liegt ein Irrtum vor, wenn zwischen der Vorstellung des Täters und der Realität eine Diskrepanz besteht. Das dem Strafrecht zugrundeliegende Schuldprinzip fordert, dass der Richter den Irrtum, in welchem sich ein Beschuldigter befand, beachten müsse, "wenn der Irrtum dazu führte, dass der Täter

11 Urteil der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts vom 4.9. 1979, wiedergegeben in SJZ 76 (1980), S. 319

12 Urteil der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts vom 4.9. 1979, abgedruckt in SJZ 76 (1980). S. 319

13 Hauser/Rehberg, S. 76; Noll, AT I, S. 85, mit einschlägigen Beispielen aus der Bundesgerichtspraxis; Schultz, AT I, S. 196; Stratenwerth, AT I, S. 163; Kölz-Ott, a.a.O., S. 5f.; vgl. zur Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit mit Hilfe der zweiten Frankschen Formel: Hauser/Rehberg, S. 75; Schultz, AT I, S. 197f.; Stratenwerth, AT I, S. 166; Entscheidung des Cour de cassation pénale Fribourg vom 20.2.1978, abgedruckt in SJZ 76 (1980) Nr. 36, S. 287; Kölz-Ott, a.a.O., S. 9ff.

14 BGE 99 IV 274 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) wiedergegeben in RS 1976 Nr. 74 und JT 123 (1975) IV, S. 18ff.

sein Verhalten nicht als sozialetisch verwerflich oder nicht als in so schwerem Mass sozialetisch verwerflich erkennen konnte, weswegen die gegen ein solches Verhalten gerichteten Normen den im Irrtum Befangenen nicht von dem verpönten Verhalten abzuhalten und nicht motivierend zu wirken vermochten" (15).

Der Strafgesetzgeber regelte den Irrtum in zwei Bestimmungen, Art. 19 und 20 StGB, die er mit verschiedenen Rechtsfolgen versah.

Ein Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB liegt vor, wenn sich der Täter über Lebensvorgänge oder Umstände irrt, welche einem objektiven gesetzlichen Tatbestandsmerkmal entsprechen (16). Die Vorstellung des Täters über ein bestimmtes Tatbestandselement stimmt nicht mit der Wirklichkeit überein (17). Die Bezeichnung als Sachverhaltsirrtum ist insofern irreführend, als er sich nicht nur auf Tatbestandsmerkmale tatsächlicher, deskriptiver oder normativer Art, sondern auch auf solche rechtlicher Natur beziehen kann (18). Daher ist die Betitelung als Tatbestandsirrtum vorzuziehen. Obschon Art. 19 StGB nur von einer irrigen Vorstellung über den Sachverhalt spricht, erfasst er auch das Nichtwissen um einen rechtserheblichen Tatumstand (19).

Gegenstand des Irrtums können somit sein: Lebensvorgänge und Umstände, das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes oder strafmildernder oder strafferhöhender Merkmale.

Art. 19 StGB erfasst nur den Irrtum "zugunsten des Täters", d.h. falls "dessen Vorstellung vom Sachverhalt überhaupt keinem oder einem weniger schwerwiegenden Tatbestand entsprach als dem objektiv wirklich erfüllten" (20).

15 Schultz Hans, Zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung über den Sachverhaltsirrtum, StrGB Art. 19, in: ZStrR 77 (1961), S. 75

16 BGE 109 IV 67

17 Donatsch, a.a.O., S. 22; vgl. zum Begriff auch: Hauser/Rehberg, S. 77; Noll, AT I, S. 93; Stratenwerth, AT I, S. 152; Schultz, AT I, S. 226; id., a.a.O., S. 79f.

18 statt vieler vgl. BGE 109 IV 67; Hauser/Rehberg, S. 78; Noll, AT I, S. 93; Stratenwerth, AT I, S. 152; Schultz, AT I, S. 226f.; id., a.a.O., S. 79f.

19 Schultz, a.a.O., S. 76; id., AT I, S. 225; Stratenwerth, AT I, S. 153

20 Hauser/Rehberg, S. 77

Befindet sich der Täter im Tatbestandsirrtum, so fehlt, auch wenn er den objektiven Tatbestand erfüllt, der Vorsatz, da der verkannte rechtserhebliche Tatumstand nicht von seinem Wissen und Willen gedeckt wird.

Art. 19 I StGB legt fest, dass der Täter nach dem Sachverhalt zu beurteilen ist, den er sich vorgestellt hat. Würde die Handlung des Täters einen andern Vorsatztatbestand erfüllen, wenn seine irrige Vorstellung der Realität entsprochen hätte, so wird er nach der betreffenden Bestimmung verurteilt, obwohl er deren objektiven Tatbestand nicht verwirklicht hat (21). Ausschlaggebend ist also der subjektive Tatbestand.

Hätte der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht vermeiden können, so ist er ausserdem wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Verübung der objektiv begangenen Tat mit Strafe bedroht ist (Art. 19 II StGB). Diese Konstellation kann in meiner Arbeit vernachlässigt werden, da nur das vorsätzliche Entziehen und Vorenthalten des unmündigen Kindes strafbar ist.

Im Gegensatz zum Sachverhaltsirrtum, der den subjektiven Tatbestand beschlägt, stellt der in Art. 20 StGB normierte Rechtsirrtum einen Schuldausschluss- oder Schuld-milderungsgrund dar (22). Ein Rechtsirrtum, klarer bezeichnet als Verbotsirrtum, liegt vor, wenn sich der Täter trotz Uebereinstimmung von Anschein und Wirklichkeit in bezug auf die einzelnen Tatbestandselemente über die Erlaubtheit seines Tuns oder Unterlassens irrt (23). Der Delinquent handelt tatbestandsmässig und rechtswidrig, er hält aber seine Tat fälschlicherweise für erlaubt (24).

21 Hauser/Rehberg, S. 78; vgl. auch Stratenwerth, AT I, S. 153f.; Schultz, AT I, S. 228f. und Noll, AT I, S. 93

22 Kritisch gegenüber diesen verschiedenen Rechtsfolgen, Schultz, a.a.O., S. 75f., der die Vorsatztheorie verfißt; vgl. auch Donatsch, a.a.O., S. 50, der sowohl die Schuld- als auch die Vorsatztheorie als mit dem Gesetz und den grundlegenden Elementen der Verbrechenslehre vereinbar erachtet; Hauser/Rehberg, S.156

23 Donatsch, a.a.O., S. 22

24 Hauser/Rehberg, S. 156; vgl. auch BGE 109 IV 67; Noll, AT I, S. 132ff.; Stratenwerth, AT I, S. 253ff.; Schultz, AT I, S. 229ff.

1. Bezüglich der Inhaberschaft der elterlichen Gewalt

Der beschuldigte Mitinhaber der Obhut befindet sich im Tatbestandsirrtum, wenn er glaubt, er sei alleine berechtigt, über den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen. Denn er geht irrtümlicherweise von Umständen aus, die - lägen sie tatsächlich vor - seine Berechtigung ausweisen würden. Der betreffende Mitinhaber handelt ohne Vorsatz, denn er weiss nicht, dass er das Aufenthaltsbestimmungsrecht des andern Elternteils beeinträchtigt. Eine Verletzung dessen Rechte ist keineswegs beabsichtigt. Verbotsirrtum liegt dagegen vor, wenn der Täter die Umstände kennt, aus denen sich das Fehlen seines Rechts, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, ergeben und nur aus andern Gründen sein Verhalten als erlaubt hält (25).

Auch der Gewaltinhaber, der nicht weiss, dass ihm das Pflichtrecht oder die Obhut behördlich oder gerichtlich abgesprochen wurde, wird gemäss Art. 19 I StGB beurteilt.

Ebenfalls straffrei bleibt der Beschuldigte, dem vorgeworfen wird, er habe das Kind entzogen, wenn er irrtümlich annimmt, diejenige Person, die es herausverlangt, sei nicht erziehungsbe-rechtigt resp. der Inhaber der Obhut. Ansonsten ist aber rechtlich irrelevant, dass der Täter weiss, wer der Gewaltinhaber ist (26).

2. Bezüglich der Unmündigkeit des entzogenen resp. vorenthaltenen Kindes

Handelt der Täter im Glauben, das Kind sei mündig, so entfällt die Strafbarkeit bezüglich Art. 220 StGB. Es gilt hingegen abzuklären, ob er sich ihm gegenüber allenfalls eines Delikts gegen die Freiheit, insbesondere der Freiheitsberaubung, Entführung (Art. 183f. StGB) oder Geiselnahme (Art. 185 StGB), schuldig gemacht hat.

Die in den Art. 183ff. StGB pönalisierten Handlungen sind Verbrechen im Sinne des Art. 9 I in Verbindung mit Art. 35 StGB. Das Entziehen oder Vorenthalten des unmündigen Kindes gemäss

25 vgl. zum indirekten Rechtsirrtum nachfolgenden Abschnitt
Ziff. 4 (in fine)

26 vgl. § 8 I

Art. 220 werden als Vergehen qualifiziert (Art. 9 II in Verbindung mit Art. 36 StGB). Entspricht nun die Vorstellung des Täters den schwerwiegenderen Tatbeständen der Art. 183ff. StGB, so liegt ein Sachverhaltsirrtum zuungunsten des Täters vor. Indes liegt aber nicht ein dem Sachverhaltsirrtum zuungunsten des Täters üblicher untauglicher Versuch zum angestrebten Delikt vor (27). Infolge der beinahe identischen Tathandlungen (28) sowie der identischen "Tatobjekte" (29) der Art. 183ff. und des Art. 220 StGB erfüllt der Täter i.d.R. den objektiven Tatbestand der Freiheitsberaubung gemäss Art. 183 Ziff. 1 I, der Entführung (Art. 183 Ziff. 1 II oder Ziff. 2 StGB) oder der Geiselnahme aufgrund Art. 185 Ziff. 1 I StGB. Bezieht sich sein Vorsatz auf alle objektiven Tatbestandsmerkmale, und sind die in Art. 185 Ziff. 1 I StGB zusätzlich geforderten Unrechtselemente beim Täter vorhanden, so verwirklicht er die betreffenden Tatbestände (30).

Der Täter, der sich bezüglich des Alters des Kindes täuscht, vollendet i.d.R. die erwähnten Delikte gegen dessen Freiheit. Es ist daher bei dieser Sachverhaltskonstellation primär zu prüfen, ob ein Verbrechen gegen die Freiheit des unmündigen Kindes vollendet wurde, bevor die Strafbarkeit unter dem Aspekt des untauglichen Versuchs abgeklärt wird.

3. Bezüglich des Vorliegens einer Einwilligung des Obhutinhabers

Wie im § 22 dieser Arbeit noch erläutert werden wird, beseitigt die Einwilligung des Obhutinhabers zum Entziehen oder Vorenthalten nicht die Widerrechtlichkeit, sondern die Tatbestandsmässigkeit des Art. 220 StGB. Das diesbezügliche Einverständnis stellt somit ein negatives Tatbestandsmerkmal dar.

Der aufgrund Art. 220 StGB Beschuldigte befindet sich in einem Sachverhaltsirrtum, wenn er irrigerweise annimmt, es liege die Einwilligung des Obhutberechtigten vor. Ebenso fehlt der Vorsatz beim Beschuldigten, der mit Bestimmtheit von der mutmasslichen

- 27 vgl. zur rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes zuungunsten des Täters: Hauser/Rehberg, S. 77; Stratenwerth, AT I, S. 153; Schultz, AT I, S. 228 und 276
- 28 vgl. zu den Tathandlungen des Art. 220 StGB § 3; zu den Freiheitsdelikten gemäss Art. 183ff. § 29
- 29 Der Schutz der Freiheit einer Person gemäss den Art. 180ff. StGB wird unabhängig von deren Alter gewährt.
- 30 vgl. dazu Näheres in § 29

Einwilligung resp. der nachträglichen Genehmigung des Inhabers der Obhut ausgeht, nicht dagegen, falls er nur die bloße Absicht hat, dessen Einverständnis später einzuholen. Unvorsätzlich handelt auch, wer glaubt, das effektiv vorliegende Einverständnis nur eines Mitinhabers der Obhut genüge, da er dann ebenfalls von einem wirksamen Einverständnis ausgeht.

4. Bezüglich des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes

"Beim Irrtum über eine rechtfertigende Sachlage nimmt der Täter fälschlicherweise einen Sachverhalt an, der – wenn er wirklich gegeben wäre – einen Rechtfertigungsgrund schaffen würde" (31). Namentlich liegt ein Sachverhaltsirrtum vor, wenn irrtümlich angenommen wird, für das Kind bestehe an seinem Aufenthaltsort unmittelbare Gefahr (Putativnotstandshilfe) (32).

Hingegen befindet sich nicht im Sachverhaltsirrtum, sondern im indirekten Rechtsirrtum (33), wer sich über die Zulässigkeit oder den Umfang eines Rechtfertigungsgrundes täuscht.

So unterliegt der Beschuldigte, der das Besuchsrecht vereitelt, weil er glaubt, dies tun zu dürfen, wenn das Kind durch die Ausübung durch den Berechtigten verdorben werde, einem Verbotsirrtum. Der Täter beurteilt die Sachlage richtig, er glaubt aber fälschlicherweise, sie begründe eine Erlaubnis zur Vornahme der im allgemeinen verbotenen Handlung (34). Er nimmt an, es liege ein Rechtfertigungsgrund vor, den das Gesetz aber in Wirklichkeit nicht kennt oder nicht in dem vom Täter vorgestellten Umfang gewährt.

Auch der Täter, der die Selbsthilfe aus Irrtum in zu weitgehender Weise über das zulässige Mass ausübt, befindet sich im Verbotsirrtum (35).

31 Hauser/Rehberg, S. 157; vgl. auch Donatsch, a.a.O., S. 23; Schultz, a.a.O., S. 82; id., AT I, S. 227; vgl. zu den Rechtfertigungsgründen das 7. Kapitel

32 vgl. dazu § 19

33 vgl. zum indirekten Rechtsirrtum: Hauser/Rehberg, S. 122f. und 157f.; Donatsch, a.a.O., S. 23; Stratenwerth, AT I, S. 258; Schultz, AT I, S. 230; Noll, AT I, S. 132

34 Hauser/Rehberg, S. 157

35 vgl. zur Selbsthilfe § 21

Der Versuch des Entziehens oder Vorenthalteins des unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB, der ein Vergehen im Sinne des Art. 9 II StGB umschreibt, ist strafbar (Art. 21 I StGB). Da die allgemeinen Grundsätze des Versuchs anzuwenden sind, kann ich meine Ausführungen in dieser Hinsicht auf das Wesentliche beschränken (1). Sowohl das Entziehen als auch das Vorenthalten stellen reine Tätigkeitsdelikte dar. Daher werde ich nicht auf die Eigenarten des vollendeten Versuchs und der tätigen Reue gemäss Art. 22 StGB eingehen, dessen Anwendbarkeit sich auf die sog. Erfolgsdelikte im technischen Sinne beschränkt (2).

In Deutschland wurde § 235 dtStGB als Vergehen ausgestaltet, so dass der entsprechende Versuch straflos bleibt (3). Das österreichische Strafgesetzbuch dagegen stellt die versuchte Entziehung eines Minderjährigen aus der Macht des Erziehungsberechtigten (§ 195 öStGB) unter Strafe (4).

I. Versuch des Entziehens des unmündigen Kindes

1. Abgrenzung des Versuchs zum vollendeten Delikt

Ein Delikt ist vollendet, wenn der Täter alle gesetzlich geforderten objektiven und subjektiven Tatbestandselemente verwirklicht hat.

Die Entziehung ist in dem Zeitpunkt vollendet, in dem die geschützte Gewalt durch die räumliche Trennung des Unmündigen vom Berechtigten faktisch aufgehoben ist (5). Tatbestandsmässiges Entziehen liegt vor, wenn der Täter durch aktives Handeln eine

1 vgl. Näheres zum Versuch bei: Hauser/Rehberg, S. 81ff.; Noll, AT I, S. 140ff.; Schultz, AT I, S. 263ff.; Stratenwerth, AT I, S. 270ff.; Arzt Gunther, Strafbarer Versuch und Vorbereitung, in: recht 1985, S. 78-87; Walder Hans, Strafflose Vorbereitung und strafbarer Versuch, in: ZStrR 99 (1982). S. 225-275

2 BGE 101 IV 3 in Uebereinstimmung mit der h.L.; näheres zu Art. 22 StGB bei: Hauser/Rehberg, S. 85ff.; Noll, AT I, S. 150ff.; Schultz, AT I, S. 265 und 275f.; Stratenwerth, AT I, S. 298f. und 301ff.

3 statt vieler vgl. Eser, SS, N. 19 zu § 235

4 Pallin, N. 9 zu § 195

5 vgl. § 3 A IV

örtliche Trennung zwischen dem Obhutberechtigten und dem unmündigen Kind schafft, wodurch dieser in der Ausübung seiner Rechte, insbesondere des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das Schutzbefohlene, beeinträchtigt ist (6). Befindet sich das Kind mit Willen des Obhutinhabers bei Dritten, ist die Tat mit der örtlichen Trennung von diesen Personen vollendet.

Versuch ist das Verhalten zwischen der grundsätzlich straflosen Vorbereitung (7) und der Vollendung eines Delikts.

Versuch liegt vor, wenn sich der Tatentschluss (8) zu einem vorsätzlichen Delikt durch Handlungen manifestiert, die mindestens einen Anfang der Ausführung darstellen, aber nicht den ganzen gesetzlichen objektiven Tatbestand verwirklichen (9).

Hingegen muss beim versuchten Delikt der subjektive Tatbestand vollständig erfüllt sein (10).

2. Abgrenzung des Versuchs zu straflosen Vorbereitungshandlungen

Der blosse Entschluss, eine Straftat zu begehen, bleibt straflos. Auch alle Vorkehrungen, welche die Ausführung einer Straftat ermöglichen sollen, die sog. Vorbereitungshandlungen (11), führen grundsätzlich nicht zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit (12).

Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch. Zahlreich sind die von der Lehre entwickelten Theorien, die praktikable Abgrenzungskrite-

- 6 vgl. zur Tathandlung § 3 A
- 7 Vorbehalten sind die gesetzlichen Ausnahmen, insbesondere Art. 260bis StGB
- 8 Der Tatentschluss umfasst den Vorsatz und alle allenfalls geforderten notwendigen subjektiven Unrechtselemente.
- 9 vgl. zur Definition des Versuchs: Noll, AT I, S. 140f.; Hauser/Rehberg, S. 82f.; Schultz, AT I, S. 265; Stratenwerth, AT I, S. 279f.
- 10 Bei umgekehrter Konstellation (Verwirklichung des gesamten objektiven Tatbestandes mit mangelhafter Erfüllung der subjektiven Tatbestandsmerkmale) liegt Sachverhaltsirrtum vor.
- 11 vgl. Hauser/Rehberg, S. 82; Noll, AT I, S. 145; Schultz, AT I, S. 271; Stratenwerth, AT I, S. 272
- 12 Ausnahmsweise stellt der Gesetzgeber bereits Vorbereitungshandlungen zu bestimmten schweren Verbrechen oder Vergehen unter Strafe (Bsp. Art. 155, 179sexies, 204, 226, 235f., 244, 247 oder 260bis StGB).

rien, basierend auf subjektiven oder objektiven Elementen, festzuhalten versuchten (13).

Das Bundesgericht zieht die Grenze zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch mit Hilfe der in Anlehnung an Germanns "Schwellentheorie" entwickelten subjektiven These. Strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Täter mit der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens beginnt. Dieser Beginn der Ausführung kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung mit jener Tätigkeit angenommen werden, die nach dem Plan des Täters den letzten entscheidenden Schritt auf dem Weg zum Erfolg darstellt, von dem in der Regel nicht mehr zurückgetreten wird, es sei denn wegen äusserer Umstände, die die Weiterverfolgung der Absicht erschweren oder verunmöglichen (14). Die Frage, ob Tatentschlossenheit vorlag, ist nach der Persönlichkeit des Täters und den

13 Namentlich: die formell-objektive Theorie (Tatbestandstheorie (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 232ff.; Hauser/Rehberg, S. 84; Schultz, AT I, S. 267; Noll, AT I, S. 143); die materiell-objektive Theorie (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 234f.; Hauser/Rehberg, S. 84; Schultz, AT I, S. 267; Noll, AT I, S. 143); die individuell-objektive Theorie (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 235ff.; Noll, AT I, S. 143); die objektive Gefährdungstheorie (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 237f.; Schultz, AT I, S. 266); die subjektive Versuchstheorie (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 238ff.; Hauser/Rehberg, S. 84; Schultz, AT I, S. 267; Noll, AT I, S. 143); die sog. "Eindruckstheorie" (vgl. dazu: Walder, a.a.O., S. 240f.)

14 BGE 104 IV 181; Entscheid des bundesgerichtlichen Kassationshofes vom 21.1.1977, wiedergegeben in RS 1978 Nr. 628bis; Entscheid des bundesgerichtlichen Kassationshofes vom 24.12.1977, wiedergegeben in RS 1979 Nr. 729; Entscheid des aargauer Obergerichts vom 24.4.1980 (RS 1981 Nr. 148) und vom 14.5.1981, abgedruckt in AGVE 1981, Nr. 16, S. 73 und RS 1982 Nr. 346; vgl. zur dogmatischen Auseinandersetzung mit der Bundesgerichtsformel: Hauser/Rehberg, S. 84; Noll, AT I, S. 143ff.; Schultz, AT I, S. 268 und 270ff.; Walder, a.a.O., S. 241ff.; Arzt, a.a.O., S. 80ff.; Stratenwerth, AT I, S. 283ff.

Tatumständen des einzelnen Falls zu entscheiden (15).

Die bundesgerichtliche Versuchsformel wird durch die formell-objektive Theorie (Tatbestandstheorie) beschränkt. Denn sobald der Täter ein objektives Tatbestandselement ganz oder teilweise verwirklicht hat, liegt immer Versuchsbeginn vor, so dass sich die Anwendung des Richtmasses vom "letzten entscheidenden Schritt" erübrigt.

Bezüglich des Entziehens des unmündigen Kindes bereitet die Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch noch grössere Mühe, falls es sich beim Täter um einen Elternteil handelt. Kontakte mit dem Kind in Form gemeinsamer Aktivitäten, insbesondere in Ausübung des eingeräumten Besuchsrechts, sind erwünscht und erfolgen regelmässig. Der Tatentschluss des Elternteils, das eigene Kind zu entziehen, kann sich daher prima vista kaum in strafrechtsrelevanter unzweideutiger Weise manifestieren, ohne dass das Delikt bereits vollendet ist.

Straflos bleibt die blosser Erklärung des Beschuldigten, er weigere sich, den Berechtigten über das Kind verfügen zu lassen, sofern er dessen Verfügungsmacht über das Unmündige nicht beeinträchtigt (16).

Vorbehältlich der genauen Analyse des Sachverhaltes und der Täterpersönlichkeit tendiere ich dazu, strafbaren Versuch zu Art. 220 StGB zu bejahen, falls der Täter intensive Vorkehrungen folgender Art für die Entführung seines Kindes trifft: Kauf zweier Flugtickets in sein Heimat- oder Bezugsland, Kündigung der Arbeitsstelle und/oder Wohnung; Antrag um Ausstellung einer Identitätskarte für das Kind oder Eintragung im eigenen Pass etc.

3. Rücktritt vom unvollendeten Versuch

Führt der Täter aus eigenem Antriebe die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, so kann der Richter von einer Bestrafung wegen des Versuches Umgang nehmen (Art. 21 II StGB).

15 BGE 83 IV 145; Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 24.12. 1977, wiedergegeben in: RS 1979 Nr. 729; Schultz, AT I, S. 271; Stratenwerth, AT I, S. 285

16 In diesem Sinne bereits BGE 80 IV 70 (i.S. Distel gegen Distel).

In subjektiver Hinsicht wird somit vorausgesetzt, dass der Täter den Entschluss, das Delikt zu begehen, aufgibt und dass dieser Entscheid aus freiem Willen gefällt wird. Kein Rücktritt liegt vor, wenn sein Entscheid von äusseren Umständen abhängig ist, die von seinem Willen unabhängig sind und im konkreten Fall die Ausführung der Tat verhindern (17). Ebenso wenig tritt der Täter zurück, wenn er erkennt oder zu erkennen glaubt, dass sein Vorsatz nicht verwirklicht werden kann, weil die Verhältnisse anders liegen als zur Zeit, als er die Tat plante.

Handelt der Täter mit bedingtem Vorsatz, so liegt kein Rücktritt vor, wenn er die Fortführung seines Verhaltens vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Umstandes abhängig macht, auf den er keinen Einfluss hat.

Die Abgrenzung zwischen freiwilliger und unfreiwilliger Abkehr vom deliktischen Verhalten wird mit Hilfe der Frankschen Formel erleichtert. Der Rücktritt ist freiwillig, wenn sich der Täter sagt: "Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte", unfreiwillig dann, wenn er sich sagt: "Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte" (18).

II. Versuch des Vorenthaltens des unmündigen Kindes

Die in Art. 220 StGB geforderte Verhaltensweise des Vorenthaltens stellt eine echte Unterlassung dar (19).

Auch der Versuch eines echten Unterlassungsdeliktes ist grundsätzlich strafbar. Hingegen kann bei dieser Deliktskategorie, falls die schlichte "Untätigkeit" pönalisiert wird, der strafbare Versuch in der Regel nicht vom vollendeten Delikt unterschieden werden, weil der Versuchsbeginn und die Vollendung engstens beieinander liegen (20).

Der Versuch gemäss Art. 21 I StGB, das unmündige Kind dem Obhutinhaber vorzuenthalten, fällt daher in der Praxis ausser Betracht (21).

17 Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 86f.; Schultz, AT I, S. 274f.; Noll, AT I, S. 151f.; Stratenwerth, AT I, S. 297ff.

18 Formel von Frank entnommen Hauser/Rehberg, S. 86f.

19 vgl. zur detaillierten Beschreibung dieser Verhaltensweise § 3 B

20 vgl. insbesondere: Walder, a.a.O., S. 273; Hauser/Rehberg, S. 180

21 gl.M. Thormann/Overbeck, N. 9 zu Art. 220 und Logoz, N. 5 zu Art. 220

Da die allgemeinen Grundsätze zur Anstiftung, Gehilfenschaft, Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft auch auf den Art. 220 StGB Anwendung finden, möchte ich mich bei deren Behandlung auf das Wesentliche beschränken und im übrigen auf die zahlreiche Literatur verweisen (1).

Erst im nachfolgenden Kapitel werde ich die strafrechtlichen Aspekte der Mitwirkung des Kindes an der Entziehung oder am Vorenthalten erörtern.

§ 10 Anstiftung (Art. 24 StGB)

A. Allgemeines

I. Der objektive Tatbestand der Anstiftung

Wer jemanden zu dem von ihm verübten Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich bestimmt hat, wird nach der Strafandrohung, die auf den Täter Anwendung findet, bestraft (Art. 24 I StGB).

Ebenfalls strafbar ist die Anstiftung zu einer Uebertretung (Art. 102 StGB).

Anstiften heisst Hervorrufen des Tatentschlusses (2).

Der objektive Tatbestand der Anstiftung verlangt, dass der Anstifter auf den nachmaligen Täter einwirkt, sich dieser daraufhin zur Tat entschliesst und sie auch zumindest in strafbarer Weise zu verüben versucht (3). Der Täter muss seinerseits tatbestandsmässig und rechtswidrig, nicht aber auch schuldhaft gehandelt haben (4).

Der Anstifter muss unmittelbar auf die Willensbildung einer bestimmten, einzelnen Person Einfluss nehmen. Nicht verlangt wird, dass er sie ausdrücklich zur Verübung der strafbaren Handlung auffordert (5). Die Mittel, deren er sich bedient, können beliebige sein, es muss sich hingegen stets um eine psychische Beein-

1 Insbesondere: Stratenwerth, AT I, S. 304ff. und 332ff.; Noll, AT I, S. 153ff.; Schultz, AT I, S. 280ff. und 290ff.; Hauser/Rehberg, S. 91ff.

2 Schultz, AT I, S. 292; Stratenwerth, AT I, S. 338; Noll, AT I, S. 165

3 Hauser/Rehberg, S. 93 und 96; vgl. auch den Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 7.9.1983, wiedergegeben in Sem. 106 (1984), S. 160

4 Stratenwerth, AT I, S. 338f.

5 Hauser/Rehberg, S. 94

flussung handeln. "Lediglich eine Situation zu schaffen, in der sich ein anderer, wie man voraussieht, zum Delikt entschliessen wird, ist grundsätzlich straflos" (6).

Der Anstifter braucht die vorsätzlich (7) auszuführende Straftat nicht in allen Einzelheiten zu beschreiben, er muss aber zu einem konkreter umschriebenen Verhalten anregen (8).

Der Tatentschluss des Angestifteten muss durch die Anstiftung hervorgerufen werden; er muss "gerade die Folge der Einwirkung des Anstifters" sein (9).

II. Der subjektive Tatbestand der Anstiftung

Art. 24 I StGB verlangt direkt- oder eventualvorsätzliches Handeln des Anstifters. Weckt er den Tatentschluss beim Täter durch fahrlässiges Verhalten oder durch unbedachte Aeusserungen, so bleibt er straflos. Der Vorsatz des Anstifters muss die vorsätzliche und rechtswidrige Verwirklichung des Tatbestandes durch den Täter erfassen. Der Anstifter muss sich wie der Täter die objektiven und subjektiven Elemente des betreffenden Tatbestandes vorstellen und wollen, dass sie der Täter verwirklicht (10). Weisen die intellektuelle oder voluntative Komponente des Vorsatzes des Anstifters Mängel auf, entfällt dessen Strafbarkeit. Daher bleibt der "agent provocateur", der nicht die Vollendung des Delikts anstrebt, sondern die Ueberführung des Täters beim Versuch, straflos (11).

- 6 Stratenwerth, AT I, S. 340; ebenso: Hauser/Rehberg, S. 94; Schultz, AT I, S. 292; Noll, AT I, S. 169
- 7 Hauser/Rehberg, S. 94; Stratenwerth, AT I, S. 339; Schultz, AT I, S. 293; Noll, AT I, S. 169
- 8 Hauser/Rehberg, S. 94; Schultz, AT I, S. 292; Stratenwerth, AT I, S. 342; Noll, AT I, S. 168
- 9 Hauser/Rehberg, S. 95; ebenso: Stratenwerth, AT I, S. 340; Schultz, AT I, S. 292; wer einen "omnimodo facturus" anstiftet, begeht einen untauglichen Versuch der Anstiftung (a.M. Hauser/Rehberg, S. 97, die es vorziehen, Art. 21 oder 22 StGB anzuwenden)
- 10 Noll, AT I, S. 166; Hauser/Rehberg, S. 96; Schultz, AT I, S. 293f.; Stratenwerth, AT I, S. 341; vgl. auch BGE 105 IV 330ff.
- 11 Hauser/Rehberg, S. 96; Noll, AT I, S. 170; Stratenwerth, AT I, S. 342f.; a.M. Schultz, AT I, S. 295; vgl. auch die Auseinandersetzung mit der Lehre zu dieser Problematik in: ZR 83 (1984) Nr. 124, S. 293ff. und BJM 1984, S. 258ff.

Vollendete Anstiftung liegt vor, sobald der Angestiftete wenigstens einen Versuch der angesonnenen Straftat verübt hat (12). Bleibt die Anstiftung erfolglos oder wird die Haupttat im straflosen Vorbereitungsstadium abgebrochen, sog. Anstiftungsversuch, so bleibt der Anstifter straflos, es sei denn, er habe zu einem Verbrechen im Sinne des Art. 9 I StGB verleitet (Art. 24 II StGB) (13). Die Regeln des Anstiftungsversuchs finden auch Anwendung, falls der Täter ein ganz anderes Delikt begeht als das, zu dem ihn der Anstifter bestimmte.

IV. Die Bestrafung des Anstifters

Art. 24 I StGB unterstellt den Anstifter derselben Strafdrohung wie den Haupttäter. Ein Teil der Lehre fordert in Anwendung der Schuldteilnahmetheorie aufgrund der doppelten Delinquenz (14) - meiner Ansicht nach zu apodiktisch - eine schärfere Bestrafung des Anstifters (15). Um dem Einzelfall gerecht werden zu können, müsste meines Erachtens eine Strafmilderungsmöglichkeit für den Anstifter analog Art. 25 StGB geschaffen werden.

Liegt hingegen ein quantitativer oder qualitativer Anstiftungsexzess vor, so wird der Anstifter gemäss Art. 19 StGB nur nach Massgabe seines Vorsatzes zur Verantwortung gezogen (16).

B. Anstiftung zu Art. 220 StGB

Bis heute hatte das Bundesgericht noch keinen Fall der Anstiftung zu Art. 220 zu beurteilen. In BGE 92 IV 156ff. (i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kantons Appenzell-I.Rh.) (17) unter-

- 12 Hauser/Rehberg, S. 96; Schultz, AT I, S. 294
- 13 Walder Hans, Strafloze Vorbereitung und strafbarer Versuch, in: ZStrR 99 (1982), S. 229f.; Hauser/Rehberg, S. 96f.; Noll, AT I, S. 175; Stratenwerth, AT I, S. 349ff.
- 14 Erstens veranlasst der Anstifter die strafbare Handlung, zweitens führt er den Angestifteten in Schuld und Strafbarkeit.
- 15 Schultz, AT I, S. 294
- 16 vgl. dazu näheres bei: Schultz, AT I, S. 294f.; Noll, AT I, S. 172ff.; Hauser/Rehberg, S. 98; Stratenwerth, AT I, S. 341
- 17 wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 156, S. 547ff. und RS 1967 Nr. 58; Anschlussentscheid des Bezirksgerichts Appenzell vom 24.10.1968 aufgeführt in RS 1969 Nr. 197

liess es der Kassationshof, die Vorinstanz anzuweisen, das Verhalten eines Anwaltes unter dem strafrechtlichen Aspekt der Anstiftung zu überprüfen. Dieser hatte der beklagten Mutter geraten, die beim Ehegatten wohnenden Kinder unter dem Vorwand der Ausübung ihres Besuchsrechts abzuholen und sie nach St. Gallen zu bringen (18). Meines Erachtens hätte das Gericht überprüfen müssen, ob sich der Anwalt mit seinem Ratschlag der Anstiftung zu Art. 220 StGB oder aber, sollte der Tatentschluss von der Mutter bereits gefasst worden sein, der psychischen Gehilfenschaft zur Entziehung der Kinder schuldig gemacht hat (19). Das Verhalten des Anstifters kennzeichnet sich gerade dadurch, dass er sich mit dem Hervorrufen des Tatentschlusses begnügt, ohne aber an der nachträglichen Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des betreffenden Delikts beteiligt zu sein.

Da Art. 220 StGB ein Vergehen im Sinne des Art. 9 II StGB umschreibt, bleibt die versuchte Anstiftung zum Entziehen oder Vorenthalten unmündiger Personen straffrei (Art. 24 II StGB).

§ 11 Gehilfenschaft (Art. 25 StGB)

A. Allgemeines

I. Der objektive Tatbestand der Gehilfenschaft

Wer zu einem Verbrechen oder zu einem Vergehen vorsätzlich Hilfe leistet, kann gemäss Art. 65 StGB milder bestraft werden (Art. 25 StGB). Gehilfenschaft zu Uebertretungen ist nur strafbar, wo dies das Gesetz ausdrücklich statuiert (Art. 104 StGB).

Als Gehilfenschaft gilt jede Handlung, durch die das vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen eines andern gefördert wird, so dass sich die Tat ohne Mithilfe anders abgespielt hätte (20). Die pönalisierte Hilfeleistung kann auch durch eine Unterlassung erfolgen, sofern dem Gehilfen eine Garantenpflicht obliegt (21).

18 kurze Beschreibung des Sachverhaltes auf S. 156f. des angeführten Bundesgerichtsentscheides

19 vgl. zur psychischen Gehilfenschaft § 11 A I und B

20 Hauser/Rehberg, S. 99; Stratenwerth, AT I, S. 345; Schultz, AT I, S. 296; BGE 109 IV 149; BGE 108 Ib 302; Entscheid der II. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern vom 10.4.1984, abgedruckt in ZBJV 121 (1985), S. 115f.

21 Vgl. dazu näheres bei: Noll, AT I, S. 171; Hauser/Rehberg, S. 99; Schultz, AT I, S. 297; Stratenwerth, AT I, S. 395f.

Der Beitrag des Gehilfen darf nicht vom Gesetz als selbständiges Delikt erfasst werden, sondern muss der Haupttat untergeordnet sein (22). Im Unterschied zu Täter und Mittäter besitzt der Gehilfe keine Herrschaft über den Tatablauf. Sein Beitrag besteht in der blossen Förderung der Tat anderer (23). Nicht verlangt wird, dass die erfolgte Beihilfe für die Vollendung der Haupttat unerlässlich gewesen sei (24). Nach Doktrin und Rechtsprechung genügt jede materielle oder intellektuelle, psychische oder physische Förderung des vom Täter entworfenen Tatplanes, selbst wenn sie das tatbestandsmässige Handeln nicht berührt und - für sich allein genommen - zu den straflosen Vorbereitungshandlungen zu zählen ist (25). Hingegen muss die Hilfeleistung einen kausalen Tatbeitrag darstellen, d.h. die verübte Haupttat tatsächlich gefördert haben. Entscheidend sind weder Art oder Dauer des Tatbeitrages noch die dafür verwendeten Mittel (26).

Physische Gehilfenschaft besteht bei äusserlicher Förderung der Haupttat, wie etwa das Verschaffen von Informationen über Tator-te und Tatobjekte, Uebergabe von Hilfsmitteln zur Verübung des Delikts, Transport des Täters an den Tatort, Abtransport von Deliktsgut etc. (27).

Psychische Gehilfenschaft liegt vor, wenn der Dritte durch sein Verhalten den Täter ermutigt, dessen Tatentschluss stützt oder fördert (28). Sie kann beispielsweise durch Ratschläge, Tips oder Auskünfte erfolgen. Blosser Billigung des Tatentschlusses genügt indessen nicht (29).

- 22 BGE 109 IV 149; Entscheid der II. Kammer des Obergerichts des Kantons Luzern vom 10.4.1984, abgedruckt in ZBJV 121 (1985), S. 115
- 23 BGE 111 IV 53; Schultz, AT I, S. 298; Noll, AT I, S. 170
- 24 Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 29.5. 1984, wiedergegeben in RS 1985 Nr. 766; BGE 109 IV 150; BGE 108 Ib 302; aufgeführter Entscheid des Luzerner Obergerichts (FN. 22 dieses Kapitels), S. 115; Schultz, AT I, S. 297; Hauser/Rehberg, S. 100; Stratenwerth, AT I, S. 345
- 25 BGE 109 IV 150; Schultz, AT I, S. 297
- 26 Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 29.5. 1984, wiedergegeben in RS 1985 Nr. 766; Hauser/Rehberg, S. 99, mit Verweisungen auf BGE 98 IV 85 und 92 IV 114
- 27 Beispiele entnommen Hauser/Rehberg, S. 100; vgl. auch Noll, AT I, S. 171; Schultz, AT I, S. 297
- 28 Hauser/Rehberg, S. 100, mit Verweis auf BGE 79 IV 147; vgl. auch Noll, AT I, S. 171; Schultz, AT I, S. 296; Stratenwerth, AT I, S. 346
- 29 Hauser/Rehberg, S. 100, mit Verweis auf BGE 70 IV 19; vgl. auch Noll, AT I, S. 171; Stratenwerth, AT I, S. 346

II. Der subjektive Tatbestand der Gehilfenschaft

In subjektiver Hinsicht ist Vorsatz verlangt. Der Gehilfe muss die Haupttat mit Wissen und Willen unterstützen oder mindestens damit rechnen, durch sein Verhalten eine bestimmt geartete Straftat zu fördern und dies in Kauf nehmen (30). Dies setzt voraus, dass er sich die objektiven und subjektiven Elemente des vom Haupttäter zu begehenden Delikts vorstellen muss, "wobei er diesen freilich nicht zu kennen braucht" (31).

Zum Vorsatz gehört auch die Voraussicht des Geschehensablaufs (32). Der Hilfeleistende braucht hingegen die beabsichtigte Haupttat nicht in ihren Einzelheiten zu kennen (33).

III. Vollendung und Versuch

Die versuchte Beihilfe, selbst zu einem Verbrechen, bleibt straflos.

Die Gehilfenschaft gilt als vollendet, wenn die Haupttat vollendet oder in strafbarer Weise versucht und ausserdem durch die Hilfeleistung tatsächlich erleichtert wurde (34).

IV. Die Bestrafung des Gehilfen

Grundsätzlich ist der Gehilfe derselben Strafdrohung unterworfen wie der Täter. Der Strafgrund der Gehilfenschaft wie auch der Anstiftung besteht in der Mitwirkung am vom Täter begangenen Unrecht (35). Indes sieht Art. 25 StGB eine fakultative Strafmoderungsmöglichkeit gemäss Art. 65 StGB vor. Die Praxis hingegen handhabt Art. 25 StGB allgemein im Sinne einer obligatorischen

30 BGE 109 IV 150; BGE 108 Ib 302f.; ebenso: Hauser/Rehberg, S. 101; Schultz, AT I, S. 298; Stratenwerth, AT I, S. 346

31 Hauser/Rehberg, S. 100; ebenso: Stratenwerth, AT I, S. 346

32 BGE 111 IV 34; BGE 109 IV 150

33 BGE 108 Ib 303

34 Hauser/Rehberg, S. 101; ebenso: Schultz, AT I, S. 298; Noll, AT I, S. 176

35 Sowohl das Bundesgericht als auch die h.L. verfechten die Unrechtsteilnahmetheorie; vgl. dazu: BGE 109 IV 152; Hauser/Rehberg, S. 93 und 99; Noll, AT I, S. 156; Stratenwerth, AT I, S. 334; a.M. Schultz, AT I, S. 292f., der die Korruptions- oder Schuldteilnahmetheorie vertritt.

Strafmilderung, um Mittäterschaft und Gehilfenschaft möglichst deutlich voneinander abzugrenzen (36). 151

Bei quantitativem oder qualitativen Beihilfeexzess haftet der Gehilfe nur nach Massgabe seines Vorsatzes (37).

V. Abgrenzung der Gehilfenschaft zur Anstiftung

Wenig Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung zwischen Anstiftung und physischer Gehilfenschaft. Der Anstifter beschränkt sich darauf, den Tatentschluss beim Angestifteten hervorzurufen. Der physische Gehilfe dagegen leistet einen untergeordneten Tatbeitrag, der sich äusserlich manifestiert.

Differenzierungsprobleme treten allenfalls auf, wenn es abzuklären gilt, inwieweit die versuchte Anstiftung als psychische Gehilfenschaft zu werten ist. Hat sich der Täter bereits zur Tat entschlossen, so kann ihn das Bestreben des "erfolglosen" Anstifters moralisch so unterstützen, dass dessen Verhalten als psychische Gehilfenschaft zu werten ist.

Liegt sowohl strafbarer Anstiftungsversuch als auch psychische Gehilfenschaft zu einem Verbrechen vor, so geht die Gehilfenschaft nicht in der Anstiftung auf, sondern tritt zu jener in "echte Konkurrenz" (38).

B. Gehilfenschaft zu Art. 220 StGB

Art. 220 StGB umschreibt ein Dauerdelikt (39). Daher kann die Beihilfe nicht nur vor oder während der Ausführung bis zur Vollendung des Vergehens, sondern bis zur Beendigung der Tat

36 vgl. dazu Stratenwerth, AT I, S. 347

37 vgl. dazu Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 101f.; Noll, AT I, S. 172ff.; Stratenwerth, AT I, S. 346f.; Schultz, AT I, S. 299

38 Hauser/Rehberg, S. 115, stellen, entgegen der h.L., die gleichzeitige Anstiftung und Gehilfenschaft immer in "echte Konkurrenz", da der Betreffende in zweifacher Hinsicht an dem vom Haupttäter verwirklichten Unrecht mitwirkt. Die h.L. lässt die Gehilfenschaft in der Anstiftung aufgehen (statt vieler Stratenwerth, AT I, S. 365, mit weiteren Verweisungen).

39 vgl. dazu § 3: Tathandlungen

geleistet werden (40). Als Gehilfe zu Art. 220 StGB macht sich strafbar, wer das Entziehen oder Vorenthalten bis zum Zeitpunkt, in welchem dem rechtmässigen Obhutinhaber das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind wieder eingeräumt wird, fördert.

Nur wenige Gerichtsentscheide setzen sich mit der Gehilfenschaft zu Art. 220 StGB auseinander. Das Bundesgericht bestätigte in BGE 95 IV 67ff. (i.S. R. und Kons. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz) (41) die Verurteilung Albert R's wegen Gehilfenschaft zu Art. 220 StGB. Er förderte die Tat der Mutter, welche ihre drei Kinder dem Ehegatten entzogen hatte, dadurch, dass er den Flüchtenden die Reisekosten und den Unterhalt in Kanada bezahlte und sie dorthin begleitete. Meines Erachtens hätte überprüft werden müssen, ob ihn die Art und Intensität seiner Hilfeleistungen nicht als Mittäter erscheinen liessen. Durch seinen materiellen und psychischen Beitrag verhinderte er den (erneuten) Zugang des Vaters zu seinen Kindern und erfüllte dadurch bereits den objektiven Tatbestand des Art. 220 StGB (42). Danebst sprechen die Feststellung der Vorinstanz (43), die Organisation der Reise sei vollumfänglich in seinen Händen gelegen, und sein intakter Eventualvorsatz, der sogar dahin gerichtet war, die Kinder dem Vater unter Umständen dauernd zu entziehen, für die Mittäterschaft (44). Im Lichte der neueren Bundesgerichtspraxis (45) würde ihn dieses Verhalten als Mittäter qualifizieren, da bereits das Vermitteln oder Gewähren von Unterkunft als tatbestandsmässiges Entziehen im Sinne des Art. 220 StGB gewertet wird. Bereits im Jahre 1968 verurteilte das Be-

40 Hauser/Rehberg, S. 99; Schultz, AT I, S. 297; Noll, AT I, S. 171f.

41 wiedergegeben in Pra 58 (1969) Nr. 89, S. 301f.; JT 117 (1969) IV, S. 77f. und RS 1969 Nr. 198

42 vgl. zur Tathandlung § 3

43 Urteil des Kantonsgerichtes Schwyz vom 20.6.1967, aufgeführt in EGV-SZ 1967-68, S. 42

44 vgl. zur Mittäterschaft zu Art. 220 StGB § 12

45 BGE 99 IV 266ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich), abgedruckt in JT 123 (1975) IV, S. 18ff. und RS 1976 Nr. 74

zirksgericht Appenzell (46) auf Weisung des Bundesgerichts (47) den Bruder der Täterin wegen Mittäterschaft zu Art. 220 StGB. Er hatte die Kinder mit der Täterin bei ihrem Ehegatten abgeholt und ihnen sein Ferienhaus als Unterkunft zur Verfügung gestellt.

Als psychische Gehilfenschaft gilt nach einem deutschen Urteil der Rat, mit den Kindern wegzufahren, um eine Vollstreckung des Besuchsrechts eines Elternteils oder eines Sorgerechtsentscheidens zu vereiteln oder generell um das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Berechtigten zu beseitigen. So verurteilte der Strafsenat (48) den Anwalt wegen Beihilfe zur Kindesentziehung (49), da er durch seinen Rat die Täterin in ihrem Entschluss, mit den Kindern nach V. zu fahren, mindestens bestärkt und dadurch die Haupttat gefördert hatte.

Ebenfalls der Beihilfe zu Art. 220 StGB macht sich strafbar, wer dem Täter ein Fluchtfahrzeug vermittelt oder zur Verfügung stellt (50).

Bezüglich des Vorsatzes des Gehilfen wird verlangt, dass er weiss oder in Kauf nimmt, dass das entzogene Kind unmündig ist und der Täter nicht dessen Obhutinhaber ist. Sein Wille muss dahin gehen, das Entziehen oder Vorenthalten des unmündigen Kindes zu fördern.

Die Strafbarkeit des Gehilfen setzt voraus, dass der Täter mindestens in strafbarer Weise versucht hat, die unmündigen Kinder zu entziehen oder vorzuenthalten (51).

46 Entscheid vom 24.10.1968, zusammengefasst in RS 1969 Nr. 197

47 BGE 92 IV 156ff. (i. S. X. gegen Kriminalkommission des Kantons Appenzell-I.Rh), wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 156, S. 547ff. und RS 1967 Nr. 58

48 BGH 10 (1958), S. 376ff., abgedruckt in NJW 57, S. 1642

49 § 235 dtStGB

50 so schon: RG 18 (1889), S. 273ff. und RG 39 (1907), S. 214ff.

51 Zum Versuch vgl. das 4. Kapitel; so mussten unter der alten Rechtsprechung zum Täterkreis des Art. 220 StGB die Gehilfen des Inhabers der elterlichen Gewalt, der seine Kinder entführte, freigesprochen werden, da dessen Täterschaft zu diesem Delikt ausser Betracht fiel. Vgl. insbesondere den Entscheid der II. Abteilung des aargauischen Obergerichts vom 12.7.1950, abgedruckt in AGVE 1950, S. 233ff. (236).

A. Allgemeines

I. Begriff und Bedeutung

Der Strafgesetzgeber hat zwar auf eine Legaldefinition der Mittäterschaft verzichtet, sie wird aber in Art. 26 vorausgesetzt. in Art. 349 II StGB erwähnt und von Doktrin und Rechtsprechung einhellig als Form der Täterschaft anerkannt (52).

Die Mittäterschaft kennzeichnet sich durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken mehrerer Täter an einer Straftat in gemeinsamer Verantwortung. Jeder Beteiligte wird als Täter bestraft, auch wenn er an der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des betreffenden Delikts nicht durch eigenes Handeln mitwirkt. Gemäss Bundesgerichtspraxis genügt es, wenn er am Tatentschluss so intensiv teilnimmt, dass er zusammen mit den andern die Tatherrschaft ausübt und als Hauptbeteiligter erscheint.

Der Mittäter muss alle subjektiven Tatbestandselemente erfüllen.

II. Abgrenzung der Mittäterschaft zur Gehilfenschaft

Anhand zahlreicher Theorien wurde versucht, die Mittäterschaft von der Gehilfenschaft abzugrenzen.

1. Subjektive Theorien (53)

Die Anhänger der subjektiven Theorien gehen von der Gleichwertigkeit aller kausalen Bedingungen aus. Somit ist jeder Täter, der durch seinen Beitrag den pönalisierten Erfolg mitverursacht, ohne dass sein Tatbeitrag notwendigerweise in einer tatbestandsmässigen Handlung bestehen müsste. Einziges strafrechtsrelevantes Kriterium für die Begründung der Mittäterschaft ist der Wil-

52 Näheres bei: Peter Bernhard, Zur Mittäterschaft nach schweizerischem Strafrecht, Diss. Zürich 1984; Hauser/Rehberg, S. 102ff.; Noll, AT I, S. 156ff.; Stratenwerth, AT I, S. 322ff.; Schultz, AT I, S. 285ff.

53 Vgl. die Abhandlung über die einzelnen Arten der subjektiven Theorie bei: Peter, S. 27ff.; Hauser/Rehberg, S. 103; Stratenwerth, AT I, S. 324f.; Schultz, AT I, S. 285f.; Noll, AT I, S. 157

le des Täters (sog. *animus auctoris*) (54). Diese Theorie führt zu einem extensiven Täterbegriff, der die Gefahr des reinen Gesinnungsstrafrechts in sich birgt und ist als Abgrenzungsgrundlage willkürlich und unpraktikabel, da sie rein auf Vorgänge des *forum internum* abstellt (55).

2. Objektive Theorien (56)

Die Vertreter der objektiven Theorien stellen auf das äusserlich erkennbare Verhalten des Beteiligten ab. Nur wenn er selber ein objektives Tatbestandselement verwirklicht hat, kann er als Mittäter zur Verantwortung gezogen werden. Der zu restriktive Täterkreis wird weder der Tatform der mittelbaren Täterschaft noch allen Beteiligten gerecht, da die subjektiven Elemente vernachlässigt werden und einzig derjenige erfasst wird, der einen Teil des Tatbestandes erfüllt (57).

3. Tatherrschaftslehren

Diese Lehren, die zahlreiche Ausgestaltungen erfahren haben (58). gehen von der Synthese subjektiver und objektiver Elemente aus. Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft bildet die Tatherrschaft (59). Diese besitzt, wer den Geschehensablauf dadurch beherrscht, dass ohne sein Tatbeitrag die Ausführung des Delikts zum Scheitern verurteilt ist.

54 Abgestellt wird darauf, ob der Beteiligte die Tat "als eigene" oder "als fremde" (sog. *animus socii*) wollte.

55 Vgl. weitere Kritik an den subjektiven Theorien bei: Peter, S. 36f.; Noll, AT I, S. 157; Stratenwerth, AT I, S. 325.

56 Es wird zwischen der formal-objektiven und der materiell-objektiven Theorie unterschieden. Vgl. dazu: Peter, S. 13ff.; Hauser/Rehberg, S. 103; Noll, AT I, S. 156f.; Schultz, AT I, S. 285f.

57 Insbesondere können die sog. Hintermänner, welche sich wohlweislich nicht an der Tatausführung beteiligen, nicht als Mittäter bestraft werden. Vgl. weitere Kritik bei: Peter, S. 16ff. und 26f.; Hauser/Rehberg, S. 103; Schultz, AT I, S. 285.

58 Vgl. insbesondere die Theorien Roxins, Welzels und Gallas' (beschrieben bei Peter, S. 40ff.; 45ff. und 48ff.). Näheres auch bei Hauser/Rehberg, S. 104ff.; Schultz, AT I, S. 286; Stratenwerth, AT I, S. 325ff.; Noll, AT I, S. 157f.

59 vgl. zu den zahlreichen Definitionen der Tatherrschaft: Hauser/Rehberg, S. 104f.; Peter, S. 38ff.; Schultz, AT I, S. 286; Stratenwerth, AT I, S. 325; Noll, AT I, S. 157f.

4. Mittäterschaft gemäss Bundesgerichtspraxis und herrschender Lehre

Gemäss Bundesgericht ist Mittäter, "wer bei der Entschliessung, Planung oder Ausführung eines Delikts vorsätzlich und in massgebender Weise mit andern Tätern zusammenwirkt ..., so dass er als Hauptbeteiligter dasteht; dabei ist besonders auf das Mass des schuldhaften Willens abzustellen" (60). "Die Mitwirkung an der eigentlichen Tatausführung bzw. die Möglichkeit, auch während der Ausführung der Tat noch auf diese Einfluss zu nehmen, ist keine notwendige Voraussetzung für die Bejahung von Mittäterschaft" (61).

Das Bundesgericht selbst bekennt sich zur subjektiven Theorie, da es auf die Intensität des deliktischen Willens abstellt. In der Lehre hingegen wird die Bundesgerichtspraxis, die weitgehend Anerkennung findet (62), verschiedenen Theorien zugeordnet, da sie objektive und subjektive Merkmale berücksichtigt (63). Indizien, die für eine Mittäterschaft sprechen, sind: die Tatbereitschaft (64), das Tatinteresse (65) und die Tatherrschaft, wobei eine Beteiligung an der eigentlichen Ausführung nicht verlangt wird (66).

Uneinigkeit herrscht in der Lehre bezüglich der Frage, ob die massgebliche Beteiligung an der Entschliessung und Planung, ohne nachträgliche Mitwirkung an der Ausführung des Delikts, für die Mittäterschaft ausreiche (67).

60 BGE 108 IV 92 mit Verweisungen auf frühere BGE

61 BGE 108 IV 92, erneut bestätigt in BGE 111 IV 77

62 Peter, S. 62; Noll, AT I, S. 157; Schultz, AT I, S. 285ff.

63 Hauser/Rehberg, S. 104; Noll, AT I, S. 157, bezeichnet sie als Tatherrschaftstheorie.

64 Gemeint ist der Wille, alles zu tun, was zur Deliktsverwirklichung notwendig erscheint. Vgl. dazu: Peter, S. 64ff.; Hauser/Rehberg, S. 106f.

65 Peter, S. 66f.

66 Peter, S. 67; kritisch Hauser/Rehberg, S. 104ff.

67 contra Mittäterschaft: Thormann/Overbeck (Hinweis bei Peter, S. 80); Hauser/Rehberg, S. 104; Peter, S. 131f.

pro Mittäterschaft: das Bundesgericht und h.L. (Peter, S. 80f.); differenzierter Stratenwerth, AT I, S. 326, der auf die Wesentlichkeit des Tatbeitrages abstellt.

Nach schweizerischer Auffassung liegt aber auch Mittäterschaft vor, wenn jemand den objektiven Tatbestand oder objektive Tatbestandsmerkmale erfüllt, auch wenn er nur mit dem Willen zur Gehilfenschaft (sog. *animus socii*) handelte (68).

III. Abgrenzung der Mittäterschaft gegenüber der Anstiftung

Da gemäss subjektiver Auffassung bereits eine intensive Teilnahme am Tatentschluss für die Annahme der Mittäterschaft ausreicht, kann die Abgrenzung zur Anstiftung Schwierigkeiten bereiten. In der Regel wächst der Tatentschluss nicht bei allen Mittätern gleichzeitig, sondern entsteht erst aufgrund der Tatidee eines einzelnen. Wie ist die Strafbarkeit des Initianten zu würdigen, der sich an der Ausführung des Delikts in keinsten Weise beteiligt, sondern seine Tätigkeit auf die typische Anstiftertätigkeit beschränkt, die nach herrschender Lehre ebenso gut als Mittäterschaft gewertet werden kann? Nach Ansicht Peters (69) ist diese Abgrenzungsproblematik weitgehend ungelöst, da auf den Inhalt des Willens des Teilnehmers abgestellt werden muss, der nur schwer eruierbar und nicht leicht nachzuweisen ist.

IV. Strafbarkeit des Mittäters

Der Mittäter ist "in bezug auf die im Rahmen des gemeinsamen Planes erfüllten Tatbestände als Täter zu beurteilen, gleichgültig ob sie von ihm selber oder einem anderen Mittäter verwirklicht wurden" (70). Die Strafbarkeit setzt voraus, dass die betreffende gemeinsam beschlossene Tat vollendet oder zumindest in strafbarer Weise versucht wurde. Die individuelle Versuchshandlung eines Mittäters wird allen Beteiligten zugerechnet (sog. Gesamtlösung) (71).

68 Nachweise bei Peter, S. 81

69 vgl. die detaillierten Ausführungen Peters, S. 74ff.

70 Hauser/Rehberg, S. 107; vgl. zu den Grenzen der Bestrafung als Mittäter zu echten Sonderdelikten und eigenständigen Delikten: Peter, S. 115ff.; Hauser/Rehberg, S. 108; Stratenwerth, AT I, S. 327; Noll, AT I, S. 158; a.M. Schultz, AT I, S. 287 und Piotet (aufgeführt bei Peter, S. 117)

71 vgl. Näheres bei Peter, S. 108ff.

Die Abgrenzung zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft zu Art. 220 StGB bereitet insofern keine grossen Schwierigkeiten als die Tathandlungen breit gefasst sind (72). Jeder, der den Obhutinhaber hindert, frei über den Aufenthaltsort des unmündigen Kindes zu verfügen, verwirklicht die pönalisierte Handlung. und sei es nur, weil er verhindert, dass es wieder in die Gewalt des Berechtigten gelangt (73). Nach herrschender Lehre gilt der Teilnehmer, der den objektiven Tatbestand erfüllt oder einzelne Tatbestandselemente verwirklicht, als Mittäter, auch wenn er nur mit dem Willen zur Gehilfenschaft handelte (74).

Daher entfallen bezüglich Art. 220 StGB auch die von zahlreichen Autoren vorgebrachten Bedenken gegen die Möglichkeit der Mittäterschaft im Stadium nach der Vollendung bis zur Beendigung der Tat (75). Der Mittäter, der erst nach bereits erfolgter Entziehung verhindert, dass dem Obhutinhaber der Zugang zum Kind erneut ermöglicht wird, macht sich auch als Alleintäter strafbar. Die Zusammenarbeit mit dem "Entführer" nach vollendeter Entziehung schliesst einen gemeinsamen Tatentschluss bezüglich der pönalisierten aktiven Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Zustandes nicht aus (76). Auch das Bundesgericht (77) bezeichne-

72 vgl. zu den Tathandlungen § 3

73 Das Entziehen fordert weder ein faktisches Gewaltverhältnis des Obhutinhabers über das unmündige Kind zur Tatzeit noch die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Täter und dem Unmündigen (vgl. dazu § 3 A II 1.).

74 vgl. FN. 68 dieses Kapitels

75 Entgegen der Bundesgerichtspraxis verneinen Hauser/Rehberg, S. 106, Schultz, AT I, S. 286 und Stratenwerth, AT I, S. 324, mangels gemeinsamen Tatentschlusses die Möglichkeit der Mittäterschaft zwischen Vollendung und Beendigung des Dauerdelikts oder der Straftat mit überschüssender Innentendenz.

76 Genaugenommen handelt es sich hier nicht um eine klassische Mittäterschaft, da der "Ersttäter" nicht noch zusätzlich für die gemeinsame Aufrechterhaltung des widerrechtlichen Zustandes bestraft wird. Die Konstellation kann eher als sukzessive Mittäterschaft betrachtet werden, da der Hinzutretende nur für das nach seinem Beitritt begangene Unrecht haftet und nicht für die gesamte Tat, wobei es sich in casu eben um dasselbe Delikt (Art. 220 StGB) handelt, ausgeführt in zeitlich verschiedenen Etappen in teilweiser Zusammenarbeit.

77 BGE 99 IV 273 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)

te das Hinzutreten des Inkriminierten während der noch andauernden, aber vollendeten Entziehung durch die Vorgänger als Mittäterschaft.

Die Rechtsprechung (78) bezeichnet als Mittäter zu Art. 220 StGB, wer aus eigenem und persönlichem Interesse in leitender Weise bei der Planung und der Durchführung der Entziehung teilnimmt. So macht sich der Mittäterschaft zu Art. 220 StGB schuldig, wer dem Täter mit dem entzogenen Kinde sein Haus als Unterkunft zur Verfügung stellt oder einen Unterschlupf vermittelt (79). Meines Erachtens hätte das Bundesgericht auf die zusätzlichen Kriterien verzichten können, da mit der Vermittlung der Unterkunft die geforderte Tathandlung des Entziehens vollbracht wurde. Die Motive des Täters für seine Aktivität sind bei intaktem Vorsatz für diese Rechtsfrage irrelevant.

Wer dem Täter und den entzogenen Kindern die Reisekosten und den Unterhalt am Fluchtort bezahlt, ist ebenfalls als Mittäter zu Art. 220 StGB zur Verantwortung zu ziehen (80).

§ 13 Mittelbare Täterschaft

A. Allgemeines (81)

Als mittelbarer Täter gilt, wer einen anderen Menschen als sein willenloses oder wenigstens nicht vorsätzlich handelndes Werkzeug benützt, um durch ihn die beabsichtigte strafbare Handlung ausführen zu lassen (82). Mittelbare Täterschaft ist immer möglich, wenn der Tatmittler ohne Vorsatz oder schuldlos - sei es dass ihm die Zurechnungsfähigkeit fehlt oder dass er sich im Rechtsirrtum (Verbotsirrtum) befindet - handelt und der mittelbare Täter dies weiss.

Der mittelbare Täter ist wie ein "normaler" Täter wegen vorsätzlicher Verübung des betreffenden Delikts zu verurteilen und zu bestrafen (83).

78 BGE 99 IV 273

79 Entscheid des Bezirksgerichts Appenzell vom 24.10.1968, zusammengefasst in RS 1969 Nr. 197; BGE 99 IV 266ff.

80 a.M. (noch) BGE 95 IV 67ff. (i.S. R. und Kons. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz); vgl. dazu § 11 B

81 Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 109ff.; Stratenwerth, AT I, S. 312ff.; Schultz, AT I, S. 282ff.; Noll, AT I, S. 160ff.

82 Bundesgerichtsformel (BGE 71 IV 136; 77 IV 91; 101 IV 310) entnommen Hauser/Rehberg, S. 109

83 Hauser/Rehberg, S. 109; Schultz, AT I, S. 283

Die mittelbare Täterschaft bezüglich Art. 220 StGB wird in der Praxis äusserst selten anzutreffen sein. Auch wer einen vorsatzlos oder schuldlos handelnden Dritten veranlasst, das Kind vom Aufenthaltsort wegzuholen, oder falls es sich bereits bei diesem befindet, es herauszugeben, um es der eigenen Verfügungsmacht zu unterwerfen, macht sich als unmittelbarer Täter der Entziehung schuldig, insbesondere da weder ein faktisches Gewaltverhältnis zwischen dem Obhutinhaber und dem Kind zur Tatzeit noch die Begründung eines neuen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Täter und dem Unmündigen gefordert werden. Die Tathandlung vollbringt, wer den Eltern den Zugang zum Kinde verhindert.

Zudem ermöglicht die Bestrafung des Vorenthaltens, als Auffangbecken für tatbestandsmässiges Verhalten, den Zugriff auf den sich passiv verhaltenden "Hintermann" als unmittelbaren Täter. Das Kind kann in der Regel nicht als Tatmittler benutzt werden, da die tatbestandsmässige Handlung weder die Anwendung bestimmter Tatmittel noch die eigenhändige Schaffung der örtlichen Distanz zwischen dem Berechtigten und dem unmündigen Kind verlangt. Sollte zudem die rechtlich irrelevante Einwilligung des Kindes in die tatbestandsmässige Handlung vorliegen (84). so handelt es vorsätzlich und kann nicht mehr als "Werkzeug" des mittelbaren Täters verwendet werden. In dieser Fallkonstellation ergeben sich aber Abgrenzungsprobleme zwischen Anstiftung zur Selbstentziehung und Täterschaft (85).

Die deutsche Lehre (86) führt folgendes, meines Erachtens eher lebensfremdes Beispiel für mittelbare Täterschaft zu § 235 (87) dtStGB auf: Der ahnungslose Jugendliche fährt mit seiner unmündigen Freundin nach Paris. Was er nicht wissen konnte war, dass sein Vormund die Zustimmung der Eltern der Freundin zur Reise nur mittels Gewaltanwendung erlangt hatte. Der Vormund macht sich als mittelbarer Täter zu § 235 dtStGB (87) strafbar.

84 vgl. dazu § 2 und § 22 D

85 vgl. dazu § 15

86 Regel, S. 105

87 Kindesentziehung

§ 14 Das Kind als Anstifter, Gehilfe oder Mittäter?

Wie bereits in § 7 festgehalten wurde, kommt das Kind als Täter zu Art. 220 StGB nicht in Betracht. Aufgrund der pflichtgebundenen Wesensmerkmale der elterlichen Gewalt (1) erwächst dem unmündigen Kind aus diesem Straftatbestand mittelbarer Schutz (2), der seine Täterschaft und somit logischerweise auch seine Mittäterschaft ausschliesst (3). Bereits alle kantonalen Kinderraubtatbestände wurden vom Grundsatz des mittelbaren Schutzes des Kindes beherrscht und schlossen die Täterschaft des Kindes aus (4).

Die Entziehung oder das Vorenthalten fordern aber - ausser bei Kleinkindern - ein aktives oder passives Mitwirken des unmündigen Schutzbefohlenen als sog. "Deliktsobjekt". Es stellt sich die Frage, ob das unmündige Kind als Anstifter oder Gehilfe zu seiner Entziehung bestraft werden kann. Nach herrschender Lehre (5) bleibt der notwendigerweise Mitwirkende straflos, wenn die betreffende Bestimmung gerade seinem Schutz dient, auch wenn seine Beteiligung über das vom Gesetz geforderte Mindestmass hinausgeht. Art. 220 StGB schützt das Kind zwar "nur" mittelbar, aber trotzdem verlangt die ratio legis die Straflosigkeit seines anstiftenden oder unterstützenden Verhaltens. Zudem gilt grundsätzlich, dass der Mitwirkende, der straflos bliebe, wenn er die von ihm initiierte oder geförderte Tat selber ausführen würde, auch nicht für die Teilnahme am entsprechenden Delikt, das von einem Dritten begangen wird, zur Verantwortung gezogen werden kann (6). Anwendungsbeispiele sind, nebst Anstiftung und Gehilfenschaft zur Selbstentziehung nach Art. 220 StGB, Teilnahme

1 vgl. zum Inhalt und Rechtsnatur der elterlichen Gewalt § 1 A I, III und IV 1.

2 Die elterliche Gewalt wird nicht um ihrer selbst willen, sondern im Interesse des Kindeswohles gesichert; so auch Hafter, S. 443 und ZR 66 (1967) Nr. 57, S. 105.

3 Gl.M. Stratenwerth, BT II, S. 98, der die Täterschaft des Kindes bereits aufgrund des Gesetzeswortlautes des Art. 220 StGB ausschliesst; vgl. auch § 7.

4 vgl. Würstemberger, S. 62 (mit Verweis auf S. 24f.), 74, 91, 99, 108f. und 121f.

5 Hauser/Rehberg, S. 116; Noll, AT I, S. 183; Stratenwerth, AT I, S. 360f.; Schultz, AT I, S. 290

6 Hauser/Rehberg, S. 116; vgl. bezüglich der Begünstigung (Art. 305 StGB): BGE 111 IV 166 und Hauswirth, S. 80f.

i.e.S. zur Selbstbegünstigung gemäss Art. 305 StGB (7) oder zur eigenen Befreiung aus der Gefangenschaft oder Anstaltseinweisung gemäss Art. 310 StGB (8).

Entgegen diesen meines Erachtens zwingenden Argumenten stellte das Bundesgericht in einem vielkritisierten Entscheid (9) die Anstiftung zur Selbstbegünstigung gemäss Art. 305 I StGB unter Strafe, billigte dem Anstifter aber in Anwendung von Art. 305 II StGB fakultative Strafbefreiung zu.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das unmündige Kind, das zur Selbstentziehung nach Art. 220 StGB anstiftet oder dabei Hilfe leistet, straffrei bleibt.

Diese Ansicht vertreten auch die herrschende Doktrin in Deutschland (10) und explizit der österreichische Gesetzgeber (11).

- 7 vgl. zu dieser umstrittenen Problematik: Hauswirth, S. 81ff. (Anstiftung des Begünstigten) und 122ff. (Gehilfenschaft des Begünstigten) und Rehberg Jörg, Aktuelle Probleme der Begünstigung (StrGB Art. 305), in: ZBJV 117 (1981), S. 381ff.; vgl. zur Begünstigung auch § 31 A
- 8 Vgl. zur straflosen Selbstbefreiung Stratenwerth, BT II, S. 327; die Täterschaft oder Teilnahme des "Privilegierten" bleiben aber nicht straflos, weil Art. 305 oder 310 StGB diesen schützen wollen, sondern aus sozialpolitischen Motiven (vgl. die intensive Auseinandersetzung mit der Problematik bei Hauswirth, S. 84ff. und 91ff.); vgl. zur Befreiung von Gefangenen auch § 31 B.
- 9 BGE 73 IV 239ff.; hingegen ist fragwürdig, ob das Bundesgericht auch heute noch so entscheiden würde, da es seit 1974 nicht mehr auf die Korruptions-, sondern die Verursachungstheorie abstellt; in BGE 111 IV 159ff. liess es diese Frage wegen des Verbots der reformatio in peius ungeprüft; das angefochtene bernische Obergerichtsurteil schien die Strafbarkeit der Gehilfenschaft des Begünstigten zur Selbstbegünstigung eher zu verneinen (BGE 111 IV 166); ebenso verurteilte das waadtländische Kassationsgericht am 2.3.1970 einen Gefangenen, der einen Dritten verleitete, ihm Beihilfe beim Entweichen zu leisten, wegen Anstiftung zu Art. 310 StGB, obwohl die Selbstbefreiung straflos ist (Entscheid zusammengefasst in RS 1971 Nr. 162). Kritik von Noll, AT I, S. 168 und 183, für den sich die Straflosigkeit von selber verstehen sollte; Stratenwerth, AT I, S. 361; id., BT II, S. 323; für Straffreiheit plädieren auch Hauser/Rehberg, S. 116.
- 10 so schon RG 18 (1889), S. 281; Eser, SS, N. 14 zu § 235; Heimann-Trosien, LK 9.A., N. 2 und 12 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 27 zu § 235; Horn, SK, N. 10 zu § 235; Lackner, N. 1 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235; Schwarz, S. 138f. und 153; Bockelmann, S. 94; Regel, S. 109
- 11 § 195 V öStGB; Mayerhofer/Rieder, FN. 3 zu § 195; Pallin, N. 10 zu § 195

Hingegen wird die Straflosigkeit des Minderjährigen von einer Minderheit der deutschen Lehre nicht mit dem ihm aus § 235 dtStGB zukommenden mittelbaren Schutz begründet, sondern mit der Sinnlosigkeit einer solchen Strafdrohung. Ist aber die Täterschaft straflos, so muss es *argumento a maiore ad minus* auch die Teilnahme des Kindes sein (12). Einzig Maurach (13) beschränkt die Straflosigkeit des Kindes auf völlig passives Verhalten. Ueberschreitet das Minderjährige seine Rolle als notwendiger Teilnehmer, indem es zur Selbstentziehung anstiftet oder die Tat aktiv unterstützt, ist es nach Ansicht Maurachs strafrechtlich nach § 235 dtStGB zur Verantwortung zu ziehen.

§ 15 Strafbarkeit der mit dem Kind zusammenwirkenden Person

Es stellt sich die Frage nach der Strafbarkeit einer Person, die vom unmündigen Kind zu dessen Entziehung angestiftet wird oder ihm dabei behilflich ist.

Grundsätzlich machen sich der Anstifter und der Gehilfe erst strafbar, falls die Haupttat zumindest in strafrechtsrelevanter Weise versucht wurde (14). Da das Kind für die Selbstentziehung strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen wird (15), fehlt die strafbare Haupttat als Voraussetzung der Strafbarkeit der Teilnehmer i.e.S. überhaupt. Die analoge Problematik stellt sich, falls eine Person einen Extraneus zu einem echten Sonderdelikt anstiftet. Der Nichtqualifizierte, der die tatbestandsmässige Handlung vornimmt, kann nicht Täter sein, so dass die Strafbarkeit des Anstifters, auch wenn er selbst die notwendigen Täterqualifikationen aufweist, entfällt; es sei denn, es liege ein Anstiftungsversuch zu einem Verbrechen im Sinne des Art. 24 II StGB vor. Um den "anstiftenden Intraneus" doch noch strafrechtlich erfassen zu können, wurde diese Konstellation von einem Teil der Lehre als spezieller Fall der mittelbaren Täter-

12 Maurach-Schroeder, N. 1 und 3 zu § 235; Schmidhäuser, N. 16 und 18 zu § 235; Arzt, N. 526

13 S. 126

14 vgl. dazu § 10 A III und § 11 A III

15 vgl. sub § 14; ebenfalls mit dieser Argumentation wird die Straflosigkeit des Gehilfen oder Anstifters zu einer Begünstigung (Art. 305 StGB) begründet; a.M. bezüglich der Beihilfe Rehberg, a.a.O., S. 381ff.; vgl. zu dieser Kontroverse Hauswirth, S. 74ff.

schaft aufgefasst (16). Diese Konstruktion wurde zu Recht kritisiert, da sie dem Wesen der mittelbaren Täterschaft nicht gerecht wird, die insbesondere das vorsatzlose oder schuldlose Handeln des Tatmittlers voraussetzt (17).

Die deutsche Lehre äussert sich zur Strafbarkeit des Dritten, der das Kind verleitet, sich der elterlichen Gewalt zu entziehen oder ihm dabei behilflich ist, *expressis verbis*. Dies im Gegensatz zum Bundesgericht, das die Frage in BGE 99 IV 273 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) offenliess.

Gemäss herrschender deutscher Lehre (18) und Rechtsprechung (19) bleibt die Anstiftung oder Gehilfenschaft zur Selbstentziehung des unmündigen Kindes wegen mangelnder strafbarer Haupttat straffrei.

Für das schweizerische Strafrecht kann nichts anderes gelten. Die Strafbarkeit des Anstifters und des Gehilfen setzt eine strafbare Haupttat voraus. Deshalb blieb bereits unter dem Regime der kantonalen Strafgesetzbücher die Beihilfe zur Selbstentziehung des unmündigen Kindes straflos (20).

Soll die Teilnahme i.e.S. zur Selbstentziehung pönalisiert werden, muss diese - als Ausnahme zur grundsätzlichen Ausgestaltung der Strafbarkeit der Mitwirkung an einem Delikt - ausdrücklich unter Strafe gestellt werden, wie dies durch § 195 I öStGB erfolgte. Nach österreichischem Recht macht sich strafbar, wer die minderjährige Person verleitet, sich aus der Macht des Erziehungsberechtigten zu entziehen oder sich vor dem Berechtigten verborgen zu halten, oder ihr dazu Hilfe leistet (21).

Da Art. 220 StGB ein Delikt beschreibt, das ein weites Verhaltensspektrum erfasst (22), ist die Mitwirkung eines Dritten an

16 Insbesondere von Germann, Hafter und Schwander.

17 Kritik von Noll, AT I, S. 162; Stratenwerth, AT I, S. 318f.

18 Heimann-Trosien, LK 9.A., N. 12 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 28; Lackner, N. 1 zu § 235; Regel, S. 109ff.

19 bereits RG 18 (1889), S. 281 und Entscheid des 1. Strafse-nats des Reichsgerichts von 25.2.1938, abgedruckt in JW 38, S. 1388; a.M. Maurach aufgrund seiner Aeusserungen zur beschränkten Straflosigkeit des Minderjährigen (vgl. FN. 13 dieses Kapitels)

20 vgl. die Nachweise bei Wurstemberger, S. 62 (mit Verweisung auf S. 24), S. 74, 91, 99, 108f. und 121f.

21 § 195 I öStGB; bereits der Vorentwurf zum österreichischen Strafgesetzbuch von 1909 stellte die Teilnahme an der Selbstentziehung in § 255 unter Strafe (vgl. Wurstemberger, S. 54).

22 vgl. zu den Tathandlungen § 3

der Selbstentziehung des unmündigen Kindes in der Regel nicht als straflose Anstiftung oder Beihilfe, sondern als Täterschaft zu qualifizieren. Es gilt daher, um der Rechtssicherheit Genüge zu tun, Kriterien aufzustellen, um die straflose Gehilfenschaft von der strafbaren Täterschaft zu Art. 220 StGB abgrenzen zu können.

Das Bundesgericht nahm die Abgrenzung anhand der zur Unterscheidung zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft entwickelten Grundsätze vor (23). Dementsprechend liegt Täterschaft zu Art. 220 StGB und nicht straflose Beihilfe zur Selbstentziehung vor, falls der Inkrimierte an der Planung und der Durchführung der Entziehung in leitender Weise teilgenommen und an der Tat ein eigenes und persönliches Interesse bekundet hat.

So gilt der verheiratete Mann, der seine 16-jährige Geliebte überredet, mit ihm ins Ausland zu verreisen, und sich mit ihr dort einige Monate versteckt hält, nicht als Gehilfe zur Selbstentziehung, sondern als Täter zu Art. 220 StGB (24). Auch die deutsche Rechtsprechung trennt die straflose Beihilfe von der Täterschaft zu § 235 dtStGB mittels den allgemeinen Grundsätzen der Teilnahmelehre. Das Reichsgericht (25) qualifiziert in Anwendung der subjektiven Teilnahmelehre denjenigen als Täter, der die Entziehung als die seine gewollt hat. Relevant ist nicht das äussere Verhalten, sondern der Inhalt des Willens (26). Die Mitwirkung des Kindes wird so beurteilt, als hätte es vorsatzlos gehandelt.

Grundsätzlich ist die zur Abgrenzung zwischen Gehilfenschaft und Mittäterschaft entwickelte Theorie des Bundesgerichts (27) geeignet, die straflose Beihilfe zur Selbstentziehung von der Tä-

23 BGE 99 IV 273 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); pro memoria: in casu wird juristisch gesehen die Alleintäterschaft des an der Selbstentziehung des Kindes Mitwirkenden geprüft, da das Kind für sein Verhalten strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen wird.

24 Dieser Sachverhalt liegt BGE 92 IV 1ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) zugrunde, ohne dass darin auf die Problematik des täterischen Zusammenwirkens mit dem entzogenen Kind eingegangen worden ist.

25 RG 18 (1889), S. 281f.

26 Abgrenzung animus auctoris/animus socii; Kritik dieser Rechtsprechung von Regel, S. 116, der sich für die Anwendung der Tatherrschaftslehre einsetzt (S. 123ff.).

27 vgl. dazu § 12 A II 4. und B

terschaft zu Art. 220 StGB zu trennen. Hingegen müssen aufgrund der Eigenart dieses Delikts weitere Wertungskriterien Platz greifen. Strafblose Beihilfe zur Selbstentziehung des Kindes setzt immer dessen Urteilsfähigkeit voraus. Das unmündige Kind muss die Fähigkeit aufweisen, den Willen zur "Flucht" zu bilden und dementsprechend zu handeln. Ist das Kind aufgrund seiner geistigen Entwicklung nicht in der Lage, die Konsequenzen seines "Fluchtunternehmens" zu überblicken, kann nie straflose Beihilfe geleistet werden, da die Willensherrschaft über den Tatvorgang bei der Drittperson liegt, so dass diese als Täter nach Art. 220 zur Verantwortung zu ziehen ist. Ebenso gilt als Täter, ohne dessen Hilfe die Verwirklichung des Fluchtplans zum Scheitern verurteilt wäre (28).

Nochmals möchte ich kurz auf die Problematik des Beherbergens oder der Verköstigung eines weggelaufenen Kindes hinweisen. Diese Unterstützung stellt keine tatbestandsmässige Handlung dar, sie müsste aber auch unter dem aufgezeigten Aspekt der Beihilfe zur Selbstentziehung straflos bleiben (29). Die hilfeleistende Person, bei der das urteilsfähige Kind Unterschlupf findet, erfüllt den Tatbestand des Art. 220 nicht und bleibt daher straflos, falls:

1. das Kind freiwillig, ohne dass es von der unterkunftgewährenden Person verleitet wurde, Unterschlupf sucht;
2. das Verhalten der Bezugsperson nicht weitergeht als es die Erfüllung der Rechtspflicht aus Art. 272 ZGB erfordert oder die Ethik gebietet (kein aktives Verhindern der Wiederaufindung des Kindes durch den Berechtigten, keine eigenen Interessen am geschaffenen Zustand);
3. dem Obhutberechtigten die Möglichkeit eingeräumt wird, persönlichen oder telefonischen Kontakt mit dem Kinde aufzunehmen, um auf es einzuwirken;
4. dem Obhutberechtigten die Möglichkeit verbleibt, behördliche Zwangsmassnahmen zu begehren.

28 ebenso Regel, S. 127

29 vgl. § 3 A III 2.

Es gilt zu prüfen, inwieweit Rechtfertigungsgründe die durch tatbestandsmässiges Verhalten implizierte Rechtswidrigkeit des Vorenthaltens oder Entziehens unmündiger Kinder gemäss Art. 220 StGB beseitigen können.

§ 16 Notwehr (Art. 33 StGB)

A. Begriff (2)

Basierend auf der Legaldefinition des Art. 33 I StGB lässt sich Notwehr umschreiben als "die zur Verteidigung eigener oder fremder Rechtsgüter gegen einen gegenwärtigen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen Angriff erforderliche Abwehr, bei der strafrechtlich geschützte Rechtsgüter des Angreifers verletzt oder gefährdet werden" (3). Notwehr ist ein subjektives Recht (4), das von der herrschenden Lehre individualistisch und über-individualistisch begründet wird. Die defensive Selbsthilfe als Ausnahme zum staatlichen Gewaltmonopol dient der Verteidigung geschützter Rechtsgüter und somit der Wahrung der Rechtsordnung, denn Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen (5).

B. Voraussetzungen der Notwehr

I. Angriff

Die Ausübung des Notwehrrechts setzt eine Notlage voraus, die gemäss Art. 33 StGB vorliegt, wenn "jemand ohne Recht angegriffen oder unmittelbar mit einem Angriffe bedroht" wird.

- 1 Vgl. zum Erfordernis der Rechtswidrigkeit einer strafbaren Handlung und deren Ausschluss durch das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen: Hauser/Rehberg, S. 120ff.; Noll, AT I, S. 100f.; Schultz, AT I, S. 143ff.; Stratenwerth, AT I, S. 176ff.; Waiblinger, SJK 1204, S. 1ff.; Landmann, S. 22ff.; Eberle, S. 7ff., mit historischem Ueberblick, S. 16ff.; Haefliger Arthur, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, in: ZStrR 80 (1964), S. 27-41; Oftinger Karl/Stark Emil, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. A., Zürich 1987, § 16 N. 41ff. und 224ff.
- 2 vgl. dazu: Hauser/Rehberg, S. 123; Schultz, AT I, S. 157; Noll, AT I, S. 101; Stratenwerth, AT I, S. 211; Niederer, S. 67; Hilfiker, S. 100
- 3 Waiblinger, SJK 1205, S. 1
- 4 a.M. Eberle, S. 9
- 5 Für eine rein individualistische Notwehrbegründung: Wagner, S. 38 und 88.

Der Angriff muss rechtswidrig, aber weder schuldhaft noch vorsätzlich erfolgen und darf auch abgewehrt werden, falls der Angegriffene selbst durch schuldhaftes Verhalten dazu Anlass gegeben hat, sofern er ihn nicht direkt provozierte (6).

Notwehr ist zulässig bei rechtswidrigem Angriff auf irgendein privates Rechtsgut (7).

In der Praxis sind Angriffe auf Rechtsgüter, um deren Verteidigung willen das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Angreifers über das unmündige Kind beseitigt wird, eher selten anzutreffen. Denkbar ist folgender Sachverhalt: Der Obhutinhaber verunmöglicht dem Elternteil, welchem die elterliche Gewalt abgesprochen wurde, die Ausübung des gerichtlich oder behördlich festgelegten oder vereinbarten Besuchsrechts. Der Besuchsberechtigte entzieht dem Obhutinhaber das Kind, um das ihm verwehrte Recht auf persönlichen Kontakt zum Kinde ausüben zu können. Kann das Entziehen des Kindes durch Notwehr gerechtfertigt werden?

Pro memoria muss darauf hingewiesen werden, dass der nicht obhutberechtigte Inhaber der elterlichen Gewalt, dessen Besuchsrecht vom obhutberechtigten Gewaltinhaber vereitelt wird, nicht tatbestandsmässig nach Art. 220 StGB handeln kann, falls er sein Kind zur Ausübung seines Besuchsrechts entzieht. Denn der Obhutinhaber kann sich nicht auf den Schutz des Art. 220 StGB berufen, da dieser bei Kollision des generellen Aufenthaltsbestimmungsrechts mit dem Besuchsrecht des nicht obhutberechtigten Inhabers der elterlichen Gewalt - als modifizierte Form des Aufenthaltsbestimmungsrechts - einzig das letzere sichert und den

- 6 Hauser/Rehberg, S. 124f., mit Hinweis auf BGE 104 IV 56 und 102 IV 230; Waiblinger, SJK 1205, S. 3; Schultz, AT I, S. 158f.; Noll, AT I, S. 103; Stratenwerth, AT I, S. 214; Niederer, S. 68; Wagner, S. 52, 69ff. und 76ff.; Eberle, S. 42ff.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 260 und 267
- 7 Nicht dagegen zur Abwehr von Angriffen auf Rechtsgüter des Staates oder der Allgemeinheit, es sei denn, dass zugleich individuelle Rechtsgüter betroffen sind; vgl. dazu: Waiblinger, SJK 1205, S. 4; Hauser/Rehberg, S. 124; Noll, AT I, S. 104; Schultz, AT I, S. 158f.; Stratenwerth, AT I, S. 212f.; differenzierter die deutsche Lehre, die bei evidenter Bestandesbedrohung auch die staatlichen Rechtsgüter als notwehrfähig betrachtet (vgl. dazu Wagner, S. 47ff.).

Obhutinhaber selbst für dessen Vereitelung des Besuchsrechts strafrechtlich erfasst (8).

169

Es ist daher nur die Notlage des Elternteils ohne elterliche Gewalt oder der besuchsberechtigten Dritten zu analysieren. Es stellt sich die Frage, ob das vom Obhutinhaber verweigerte Besuchsrecht ein notwehrfähiges Rechtsgut darstellt. Meines Erachtens handelt es sich beim Recht auf persönlichen Verkehr mit dem Kind nicht um ein selbständiges Rechtsgut, sondern lediglich um einen Rechtsanspruch, der dem Berechtigten um seiner Persönlichkeit willen zusteht (9). Erst eine Ausdehnung des von Art. 220 StGB gewährten Schutzes auf das Besuchsrecht des Elternteils ohne elterliche Gewalt könnte diesem Recht den Stellenwert eines eigenständigen Rechtsgutes verschaffen. Hingegen darf zur Sicherung von Rechtsansprüchen Selbsthilfe geübt werden (10).

Des weiteren muss geprüft werden, ob eine Unterlassung - in casu die Weigerung, das Kind dem Besuchsberechtigten für die gerichtlich oder behördlich festgelegte oder vertraglich vereinbarte Zeit herauszugeben - einen Angriff im Sinne des Art. 33 StGB darstellen kann.

Gemäss Schultz (11) ist Notwehr gegen eine echte Unterlassung mangels Angriff unmöglich. Die Abwehr könnte seines Erachtens nur darin bestehen, den Täter zu veranlassen, das gebotene Handeln auszuführen oder durch Selbsthilfe die verweigerte Leistung zu beschaffen. Für einige Autoren (12) kommt eine Notwehr gegenüber einer Unterlassung in Betracht, sofern dem "Angreifer" eine Garantenstellung zukommt. Zusätzlich zu der ihm obliegenden Handlungspflicht fordern Hauser/Rehberg (13), dass der Unterlassende ausserdem schon selber für die Entstehung der Gefahr verantwortlich ist, damit von einem rechtswidrigen Angriff die Rede sein kann.

8 vgl. zum strafrechtlich geschützten Besuchsrecht des nicht obhutberechtigten Inhabers der Gewalt und die Kritik an der ungleichen Rechtsstellung des besuchsberechtigten Elternteils ohne elterliche Gewalt § 6 C II und § 1 A IV 3.b) und c)

9 Vgl. zur Rechtsnatur des Besuchsrechts § 6 C II 1.

10 vgl. dazu § 21

11 AT I, S. 158

12 Stratenwerth, AT I, S. 214f.; Noll, AT I, S. 104; Niederer, S. 68

13 S. 127

Da sich in casu der Obhutberechtigte gegenüber dem Besuchsberechtigten ohne elterliche Gewalt nicht strafbar machen kann, da Art. 220 StGB diesem keinen Schutz bietet, entfällt die geforderte Garantenstellung. Daher kann die Verweigerung der Herausgabe des Kindes durch den Obhutberechtigten nicht als Angriff gegen den Besuchsberechtigten bezeichnet werden.

Entzieht der Besuchsberechtigte ohne elterliche Gewalt dem Obhutinhaber das Kind, so kann er sich somit nicht auf Notwehr im Sinne von Art. 33 StGB berufen.

C. Notwehrexzess

Kurz eingehen möchte ich auf den Notwehrexzess, weil das Bundesgericht den für die Vereitelung des Besuchsrechts relevanten Selbsthilfeexzess (14) analog behandelt.

Überschreitet der Abwehrende die Grenzen der Notwehr, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen gemäss Art. 66 StGB (Art. 33 II StGB). Ein sog. intensiver Exzess (15) liegt vor, falls die Abwehr ein Element der Verhältnismässigkeit (16) nicht erfüllt. Streitig ist, ob auch der sog. extensive Exzess (17), bei dem die zeitlichen Grenzen der Notwehr überschritten werden, unter Art. 33 II StGB zu subsumieren ist. Dafür sprechen sich Hauser/Rehberg (18) aus, sofern die "bereits bei unmittelbar drohendem oder im Gang befindlichen Angriff begonnene Abwehr über dessen Abschluss hinaus fortgesetzt wird" (19).

Hingegen fällt die zu früh geübte oder die erst nach Beendigung des Angriffs einsetzende Verteidigungshandlung nicht unter den Notwehrexzess (20).

Handeln im Notwehrexzess bleibt immer rechtswidrig; dieser stellt lediglich einen Schuld minderungsgrund bzw. einen Schuld ausschliessungsgrund (Art. 33 II Satz 2 StGB) dar. Der Abwehrende bleibt straflos, falls er den Exzess in entschuldbarer

14 vgl. dazu § 21

15 Terminus von Stratenwerth, AT I, S. 221

16 Geeignetheit, Erforderlichkeit oder Verhältnismässigkeit im engeren Sinne (Güterabwägung)

17 Begriff von Stratenwerth, AT I, S. 221

18 S. 130

19 kritisch Stratenwerth, AT I, S. 221

20 Hauser/Rehberg, S. 130; Stratenwerth, AT I, S. 221; zu prüfen gilt, ob ein Selbsthilfeexzess vorliegt; vgl. dazu § 21.

Aufregung oder Bestürzung begangen hat. "An eine die Straflosigkeit von schweren Notwehrüberschreitungen rechtfertigende Emotion sind besonders hohe Anforderungen zu stellen" (21).

Daher kann derjenige, der schuldhaft durch deliktisches Verhalten die Ursache des Angriffs gesetzt hat, nicht geltend machen, seine unangemessene Abwehr sei auf eine entschuldbare Aufregung oder Bestürzung zurückzuführen (22).

Gegen den Exzedierenden darf wiederum Notwehr geübt werden (23).

§ 17 Notwehrhilfe

Gemäss Art. 33 StGB ist nicht nur der Angegriffene, sondern auch jeder andere berechtigt, den Angriff in einer den Umständen angemessenen Weise abzuwehren. Die Voraussetzungen der Notwehrhilfe sind identisch mit denjenigen der Notwehr (24).

Die Rechtswidrigkeit des Entziehens eines unmündigen Kindes kann dann durch Notwehrhilfe beseitigt werden, falls der Obhutinhaber das Kind körperlich misshandelt. Rechtmässig handelt auch die Person, welche das Kind dem betrunkenen, mit der Waffe drohenden Obhutinhaber entzieht (25). Die physische Integrität des Kindes ist eine notwehrfähiges Rechtsgut. Die Notwehr sowie die Notwehrhilfe setzen einen gegenwärtigen, das heisst noch im Gange befindlichen, oder unmittelbar drohenden Angriff voraus.

Der begonnene Angriff bleibt so lange gegenwärtig, "als die Zufügung einer neuen oder die Vergrösserung der bereits eingetretenen Verletzung durch das Verhalten des Angreifers unmittelbar bevorsteht" (26).

Ein Angriff droht unmittelbar nicht erst, wenn ein strafbarer Versuch einer Rechtsgutverletzung vorliegt, sondern wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar gefährlich ist: Massgebend ist, wie nahe die durch den Angriff drohende Gefahr ist, einen Schaden zu erleiden (27).

Auch darf die Zulässigkeit mangels einer entsprechenden gesetz-

21 BGE 109 IV 7; a.M. Waiblinger, SJK 1205, S. 10

22 BGE 109 IV 7

23 Stratenwerth, AT I, S. 222

24 vgl. dazu § 16

25 gl.M. Hegnauer, N. 96 zu aArt. 273

26 Stratenwerth, AT I, S. 213, mit Zitat aus BGE 102 IV 4f.

27 Schultz, AT I, S. 159, mit Verweisung auf BGE 104 IV 237

lichen Einschränkung nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Notwehrhilfe dem Willen des Angegriffenen entspricht (28). Diese Feststellung widerspiegelt die Rechtsnatur der Nothilfe, die aus eigenem Recht, und nicht aus Rechten des Angegriffenen abgeleitet, ausgeübt wird (29). Nothilfe ist eine sittliche Menschenpflicht, die sich zusätzlich überindividualistisch begründen lässt und keines besonderen Innenverhältnisses - gesetzliches oder vertragliches Vertretungsverhältnis oder negotiorum gestio etc. - zwischem dem Angegriffenen und dem Notwehrhelfer bedarf (30). Hingegen beseitigt die Einwilligung des Angegriffenen in die Angriffshandlung deren Rechtswidrigkeit, die aber Voraussetzung der zulässigen Notwehrhilfe ist. Somit kann der Wille des Angegriffenen nicht völlig bedeutungslos sein. Um aber dem Institut der Notwehrhilfe gerecht zu werden, darf meines Erachtens nur die ausdrückliche, erkennbare und rechtlich zulässige (31) Einwilligung in die Verletzung des Rechtsgutes durch den Angreifer die Zulässigkeit der Notwehrhilfe ausschliessen (32).

Irrt der Nothelfer über die Notlage - insbesondere über den Inhaber des verletzten Rechtsgutes - oder die rechtsgültige Einwilligung des Verletzten, befindet er sich im Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB. Unterliegt er einem Irrtum über die Tragweite der zulässigen Einwilligung des "Angegriffenen", wird er nach den Regeln des Verbotsirrtums (Art. 20 StGB) beurteilt.

In der Regel wird der Dritte meist nicht Zeuge des gegenwärtigen Angriffes des Obhutinhabers auf die physische Integrität des Kindes sein. Er wird sich meist nur mit der Gefährdung des Gesundheitszustandes des Kindes konfrontiert sehen. Wird das Kind entzogen, weil seine Gesundheit durch das Verhalten des Obhutinhabers gefährdet ist, so ist zu prüfen, ob die Entziehung nicht eine Handlung in Notstandshilfe darstellt (33).

28 Hauser/Rehberg, S. 127; a.M. Stratenwerth, AT I, S. 220

29 so auch Waiblinger, SJK 1205, S. 8

30 Waiblinger, SJK 1205, S. 8; Wagner, S. 34ff.

31 vgl. zu den Erfordernissen einer rechtlich relevanten Einwilligung in die Verletzung des eigenen Rechtsgutes § 22

32 Zu pauschal Stratenwerth, AT I, S. 220; die deutsche Rechtsprechung schliesst Nothilfe nur gegen den erkennbaren Willen des Angegriffenen aus (vgl. dazu Haas, S. 126ff., der sich bedauerlicherweise trotz strittiger Lehre einer eigenen Stellungnahme enthält).

33 vgl. dazu § 19

Ich möchte mich bei der Behandlung des Notstandes auf das Wesentliche beschränken, da in der Praxis kaum ein Beispiel anzutreffen ist, in welchem das Aufenthaltsbestimmungsrecht über ein unmündiges Kind eines unbeteiligten Dritten verletzt wird, um ein höherwertiges Rechtsgut zu retten. Eine Kurzerörterung dieses Rechtfertigungsgrundes drängt sich aber auf im Hinblick auf die in Notstandshilfe begangenen Tathandlungen des Art. 220 StGB, die denselben Voraussetzungen wie der Notstand unterworfen sind und in § 19 erörtert werden.

A. Begriff und Voraussetzungen des Notstandes

Nach Art. 34 StGB bleibt die Tat, die jemand begeht, um ein Rechtsgut aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, straflos, wenn die Gefahr vom Täter nicht verschuldet ist und ihm den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.

Der Notstand ist teils Rechtfertigungsgrund (Art. 34 Ziff. 1 I StGB), teils Schuld minderungsgrund (Art. 34 Ziff. 1 II StGB) oder, falls ein entschuldigender Notstand vorliegt, Schuld ausschliessungsgrund (34).

Der Notstand unterliegt höheren Anforderungen als die Notwehr, da die Notstandstat in Rechte unbeteiligter Dritte eingreift. Im Notstand steht dem Recht ein anderes Recht, in der Notwehr aber das Unrecht gegenüber, daher bleibt der Notstandstäter dem Geschädigten gegenüber zu Schadenersatz verpflichtet (Art. 52 OR) (35).

Notstandsfähig ist jedes individuelle Rechtsgut, auch wenn es keinen strafrechtlichen Rechtsschutz geniesst (36).

Dem geschützten Rechtsgut muss eine unmittelbare Gefahr drohen, die der Notstandsberechtigte nicht schuldhaft herbeigeführt ha-

34 Noll, AT I, S. 108; Hauser/Rehberg, S. 131 und 162; Stratenwerth, AT I, S. 198f. und 264ff.; Eberle, S. 50; vgl. auch Schultz, AT I, S. 163 und Waiblinger, SJK 1206, S. 1

35 vgl. Näheres bei: Eberle, S. 40; Schultz, AT I, S. 163; Noll, AT I, S. 108; Hauser/Rehberg, S. 131; Landmann, S. 34; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 290ff. und 306

36 Lenckner Theodor, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 251; Noll, AT I, S. 108; Hauser/Rehberg, S. 132; Stratenwerth, AT I, S. 199f.; Waiblinger, SJK 1206, S. 5

ben darf (37). Unmittelbare Gefahr besteht, falls die Verletzung des Rechtsgutes höchstwahrscheinlich ist (38). Wie bei der Notwehr ist die Gefahr dann eine unmittelbare, wenn sie gegenwärtig oder unmittelbar drohend ist (39). Ohne Belang ist, auf welche Ursache die Gefahrenlage zurückzuführen ist (40).

Die Tat muss das einzige Mittel sein, die Gefahr zu bannen (41). Weiter setzt der Notstand voraus, dass das geschützte Rechtsgut wertvoller ist als das verletzte (42). Gemäss Hauser/Rehberg (43) kann hingegen auch "die Beeinträchtigung eines Interesses zum Schutze eines gleichwertigen Gutes gerechtfertigt sein, nämlich wenn diesem eine viel schwerere Verletzung droht".

Schliesslich verlangt auch der rechtfertigende Notstand den rechtmässigen Willen. Der Vorsatz des Handelnden muss auf die Rettung des eigenen oder fremden gefährdeten Rechtsgutes gerichtet sein (44). Er setzt somit die Kenntnis der Notstandssituation voraus. Der Putativnotstand fällt unter Art. 19 StGB. Liegt ein Irrtum über die Tragweite der Eingriffsbefugnisse vor, findet Art. 20 StGB Anwendung (45).

- 37 kritisch: Schultz, AT I, S. 164; Noll, AT I, S. 110; Hauser/Rehberg, S. 133; Stratenwerth, AT I, S. 203; Waiblinger, SJK, S. 6
- 38 Schultz, AT I, S. 164, mit Hinweis auf BGE 101 IV 5
- 39 Vgl. Waiblinger, SJK 1206, S. 4; Nach Lenckner, a.a.O., S. 251, ist die Gefahr auch dann gegenwärtig, wenn der erst für später erwartete Schaden nur durch alsbaldiges Handeln wirksam abgewendet werden kann.
- 40 vgl. Näheres bei: Noll, AT I, S. 108ff.; Hauser/Rehberg, S. 132f.; Stratenwerth, AT I, S. 200ff.; Schultz, AT I, S. 164
- 41 Noll, AT I, S. 108; Waiblinger, SJK 1206, S. 4; Hauser/Rehberg, S. 133f.; Schultz, AT I, S. 164
- 42 Noll, AT I, S. 108; Stratenwerth, AT I, S. 201; Waiblinger, SJK 1206, S. 5
- 43 S. 134; Einschränkung Schultz, AT I, S. 165, der den Notstand bei gleichwertigen Gütern nur beim höchsten Rechtsgut, dem Leben, zulässt.
- 44 Waiblinger, SJK 1206, S. 5; Noll, AT I, S. 110; Stratenwerth, S. 203 und 227ff.; vgl. auch Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 302
- 45 vgl. Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 136; Waiblinger, SJK 1206, S. 5; Noll, AT I, S. 111; Schultz, AT I, S. 227; Stratenwerth, AT I, S. 232ff.; vgl. zur Schadenersatzpflicht des Putativnotstandstäters aus Art. 41 I OR: Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 306

Ist die Gefahr vom Täter verschuldet oder konnte ihm den Umständen nach zugemutet werden, das gefährdete Gut preiszugeben, so mildert der Richter die Strafe nach freiem Ermessen gemäss Art. 66 StGB (Art. 34 Ziff. 1 II StGB).

Ebenso exzediert, wer unter Missachtung der Verhältnismässigkeit zu stark in die fremden Rechte eingreift (46).

Die Rettungshandlung bleibt rechtswidrig, die Strafe muss aber gemildert werden (47).

§ 19 Notstandshilfe (Art. 34 Ziff. 2 StGB)

Die Tat, die jemand begeht, um das Rechtsgut eines andern aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr zu erretten, ist straflos (Art. 34 Ziff. 2 Satz 1 StGB).

Die Notstandshilfe erlaubt nur Eingriffe in die Rechte Dritter, nicht aber in Güter der bedrohten Person selbst (48).

Grundsätzlich werden an die Notstandshilfe dieselben Anforderungen wie an das Handeln in Notstand gestellt (49). Hingegen ergeben sich aus der Eigenart der Fremdhilfe einige Besonderheiten. Sollte die Gefahrenlage vom Träger des gefährdeten Rechtsgutes schuldhaft verursacht worden sein, bleibt der Notstandshelfer straflos, es sei denn, dieser hätte das Verschulden erkennen können (50).

Der helfende Dritte handelt auch dann rechtmässig, wenn dem Bedrohten die Preisgabe des gefährdeten Rechtsgutes zuzumuten gewesen wäre. Konnte jener aber die Unverhältnismässigkeit zwischen dem bedrohten und dem durch seine Handlung verletzten Rechtsgut erkennen, so dass daher die Preisgabe des gefährdeten Gutes zumutbar gewesen wäre, begeht der Helfer Notstands-

46 vgl. dazu: Schultz, AT I, S. 166; Hauser/Rehberg, S. 135; Noll, AT I, S. 110f.; Waiblinger, SJK 1206, S. 7f.

47 Der Notstandsexzess ist ein Schuld minderungsgrund; vgl. zur Schadenersatzpflicht des Exedierenden aus Art. 41 I OR: Oettinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 306.

48 Die sog. individuelle Interessenkollision wird nicht erfasst; vgl. Hauser/Rehberg, S. 135; a.M. Stratenwerth, AT I, S. 205.

49 vgl. dazu § 18

50 Vgl. Hauser/Rehberg, S. 135; Schultz, AT I, S. 166; a.M. Waiblinger, SJK 1206, S. 7, der den Notstandshelfer immer straflos bleiben lassen will; Stratenwerth, AT I, S. 204, hingegen beurteilt die Rechtmässigkeit der Notstandshilfeleistung immer nach denselben Kriterien wie die Handlung des Bedrohten selbst; ebenso Eberle, S. 54.

hilfeexzess gemäss Art. 34 Ziff. 2 Satz 2 (51). Die Hilfeleistung bleibt rechtswidrig, doch der Richter mildert die Strafe nach freiem Ermessen gemäss Art. 66 StGB. Darüber hinaus wird in Anlehnung an Art. 33 II StGB die Strafe auch dann nach freiem Ermessen gemildert, wenn der als Notstandshelfer Handelnde die Grenzen des Notstandes schuldhaft überschritten hat, mitunter die Verhältnismässigkeit missachtete (52).

Die Rechtswidrigkeit des Entziehens oder Vorenthalteins eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB kann durch Notstandshilfe beseitigt werden. So handelt rechtmässig, wer das unmündige Kind der betrunkenen oder es vernachlässigenden Person – sei dies der Obhutinhaber oder eine Drittperson, welche die faktische Gewalt über das Kind ausübt – entzieht. Der Notstandshilfe Leistende verletzt das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers, um die durch diesen oder Dritte – beispielsweise Pflegeeltern, Lehrer, Anstalts- oder Hortleiter, Verwandte oder Bekannte des Kindes, bei denen es sich mit Willen des Obhutinhabers aufhält etc. – unmittelbar bedrohte physische oder psychische Integrität des Kindes zu retten. Die Gesundheit des Kindes als das schützenswertere Rechtsgut hat Vorrang gegenüber dem Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers.

In Notstandshilfe handelt auch der Obhutinhaber, der dem Mitinhaber der elterlichen Gewalt die Herausgabe des schwer kranken Kindes zur Ausübung des eingeräumten Besuchsrechts verweigert. Die Ausübung dieses Rechts würde die Gesundheit des Kindes schädigen. Es gilt daher, bei beharrlichem Bestehen des Besuchsberechtigten auf Herausgabe des Kindes dessen körperliche Integrität, die unmittelbar gefährdet ist, zu schützen.

Dieselbe Sachlage stellt sich dem Arzt, der sich gegen den Willen der Eltern weigert, das erkrankte Kind aus dem Spital zu entlassen. Der Obhutinhaber, der dem Kind die notwenige ärztliche Hilfe vorenthalten will, bedroht dessen Gesundheit unmittelbar (53).

51 BGE 106 IV 2; Schultz, AT I, S. 166; Waiblinger, SJK 1206, S. 7; Eberle, S. 55; kritisch Stratenwerth, AT I, S. 204 und 269

52 BGE 106 IV 2; Schultz, AT I, S. 167

53 gl.M. Hegnauer, N. 96 zu aArt. 273

Ebenfalls eine Notstandshilfeleistung erbringt derjenige, der sich weigert, das Kind der wiederholt und latent gewalttätigen Obhutinhaberin herauszugeben (54).

Rechtmässig handelt auch derjenige, der das Kind dem stark alkoholisierten Obhutinhaber entzieht oder sich weigert, dem offensichtlich betrunkenen Besuchsberechtigten mit elterlicher Gewalt das Kind zur Ausübung dieses Rechts zu überlassen.

§ 20 Gesetzliche Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 32 StGB

A. Gesetzlich erlaubtes Handeln

Eine rechtmässige Tat ist eine Handlung, die an sich einer Strafrechtsnorm zuwiderläuft, aber durch eine anderweitige Gesetzesvorschrift ausdrücklich erlaubt wird (55). Art. 32 StGB bekräftigt den Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung. Was ein anderes Gesetz erlaubt oder ausdrücklich gebietet, darf nicht vom Strafrecht pönalisiert werden. Insofern hat die Erwähnung erlaubender Rechtsätze rein deklaratorische Bedeutung und höchstens als Vorbehalt zugunsten des kantonalen öffentlichen Rechts praktische Relevanz (56).

Als Quelle ausserstrafgesetzlicher Rechtfertigungsgründe kommt jede generell-abstrakte Norm des Bundes oder der Kantone (57) in Betracht, die den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit Rechnung

54 Unklar die Bezeichnung als Leistung von Notstandshilfe im Sinne von Art. 33 Ziff. 2 StGB (?) in der Zusammenfassung des Rekursentscheides der Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (i.S. K. gegen E.), abgedruckt in: plädoyer 5/1983, S. 27; anmerken möchte ich noch, dass m.E. dieser Sachverhalt der tatbestandsmässigen Handlung entbehrt, da das Kind bei der inkriminierten Drittperson Schutz suchte (vgl. zu dieser Problematik § 3 A III 2.).

55 vgl. insbesondere: Häefliger Arthur, Rechtmässigkeit der durch Gesetz oder Berufspflicht gebotenen Tat, in: ZStrR 80 (1964). S. 27; Schultz, AT I, S. 154

56 Noll, S. 54

57 Kompetenzgemäss erlassene Normen unter Berücksichtigung von Art. 2 Uet.Best. BV (derogatorische Kraft des Bundesrechts).

trägt (58). Auch der rein gewohnheitsrechtliche Erlaubnissatz kann die Widerrechtlichkeit beseitigen (59).

Hingegen darf aus der allgemeinen Fassung des Art. 32 StGB nicht geschlossen werden, bei einer Kollision habe die erlaubende Norm stets den Vorrang. Mittels Auslegung der sich widersprechenden Normen ist festzustellen, ob der erlaubende Rechtsatz als Ausnahme vom Verbot oder das Verbot als Ausnahme von der Erlaubnis aufzufassen ist. Der Richter soll die Normen des Privatrechts nicht allein unter zivilistischen Gesichtspunkten auslegen, sondern immer auch den in Frage stehenden Straftatbestand in die Betrachtung einbeziehen (60).

Art. 220 StGB setzt die Rechtswidrigkeit der mit Strafe bedrohten Handlungen voraus. Auch Art. 301 III ZGB verbietet nur das widerrechtliche Entziehen oder Vorenthalten eines unmündigen Kindes. Die Klage auf Herausgabe des Kindes kann daher nur gegen widerrechtliche Entziehung oder Vorenthaltung geltend gemacht werden (61).

Rechtmässig handelt beispielsweise, wer sich auf die Anordnung einer hiefür zuständigen Behörde stützt. Wer das Kind zur Ausübung seines gerichtlich oder behördlich festgelegten Besuchsrechts entzieht, muss mangels Widerrechtlichkeit straflos bleiben (62). Die Widerrechtlichkeit lebt erst auf, falls der Be-

58 Verordnungen oder Dienstreglemente genügen als Grundlage für die Zulässigkeit, hingegen wird für schwere Eingriffe in individuelle Rechtsgüter ein Gesetz im formellen Sinne gefordert; vgl. Hauser/Rehberg, S. 137f., mit Hinweis auf BGE 94 IV 7; Haefliger, a.a.O., S. 30 und 33f.; Noll, AT I, S. 112; Schultz, AT I, S. 155; Stratenwerth, AT I, S. 223 und 225; Waiblinger, SJK 1204, S. 5; Entscheidung der II. Zivilkammer des Bernischen Appellationshofes vom 27.5.1981, wiedergegeben in ZBJV 119 (1983), S. 364.

59 Hingegen kann im Strafrecht die Rechtswidrigkeit nur durch ein geschriebenes Gesetz begründet werden (Art. 1 StGB); vgl. auch Haefliger, a.a.O., S. 35; Hauser/Rehberg, S. 137; insbesondere können auch Volksbräuche wie Fasnacht oder "Schulsilvester" eine Tat rechtfertigen; vgl. dazu Noll Peter, Satirische Ehrverletzungen, in: BJM 1959, S. 3 - 13.

60 Haefliger, a.a.O., S. 31; Noll, S. 54; Waiblinger, SJK 1204, S. 5f.; Stratenwerth, AT I, S. 223

61 Hegnauer, N. 81, 89 und 95 zu aArt. 273; Kühnle, S. 36ff.

62 gl.M. Clerc, I, S. 221; vgl. auch Hegnauer, N. 96 zu aArt. 273

suchsberechtigte den zeitlichen oder inhaltlichen Rahmen der Anordnung sprengt. Das Bundesgericht (63) hielt ausdrücklich fest, dass die Mutter, die ihrem geschiedenen Ehegatten die gemeinsamen Kinder entzogen hatte, nur aufgrund ihres Verhaltens in der Zeit, in der ihr das Besuchsrecht nicht zugestanden habe, zu beurteilen sei. Sie hatte die Kinder einen Tag vor Beginn ihres gerichtlich eingeräumten Besuchsrechts vom Schulhaus abgeholt und erst zwei Tage nach dessen Ablauf dem Vater zurückgebracht. Einzig für diese drei Tage hatte sie sich gemäss Art. 220 StGB zu verantworten, ihr Handeln in der übrigen Zeit war durch das Besuchsrecht gerechtfertigt.

Der Besuchsberechtigte ohne elterliche Gewalt, der das Kind zur Ausübung seines Rechts entzieht, handelt nach Art. 32 StGB rechtmässig. Insofern werden die Folgen seiner strafrechtlichen Schlechterstellung gegenüber dem besuchsberechtigten Mitinhaber der elterlichen Gewalt, dessen Entziehung des Kindes von Art. 220 StGB nicht erfasst wird, gemildert.

Die Selbsthilfe nach Art. 52 III OR als weiteres Beispiel einer rechtfertigenden gesetzlichen Erlaubnis werde ich unter § 21 erläutern.

B. Berufs- und Amtspflicht (Art. 32 StGB) (64)

Nur soweit Berufsregeln oder Amtspflichten in einer Rechtsnorm verankert sind, kann das darin enthaltene Gebot eine Tat ihrer Rechtswidrigkeit entkleiden (65). Berufs- und Amtspflicht sind keine Recht schaffende oder aufhebende Kräfte, sondern selber in einer Rechtsnorm begründet (66).

Der Rückgriff auf die Berufspflicht wird in der Praxis eher selten erfolgen, da sie nur Berufe betrifft, die besonders wichtige Aufgaben erfüllen und über deren Ausübung verbindliche Vorschriften des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechts oder

63 BGE 104 IV 92 (i.S. Y. gegen X.), wiedergegeben in: Pra 67 (1978) Nr. 224, S. 581ff.; JT 127 (1979) IV, S. 108ff.; RS 1979 Nr. 817 und ZÖF 76 (1979), S. 62ff.

64 vgl. dazu Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 138f.; Stratenwerth, AT I, S. 223f.; Schultz, AT I, S. 155f.; Waiblinger, SJK, S. 10ff.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 227ff., zur Schädigung durch rechtmässige Ausübung öffentlicher Gewalt

65 Haefliger, a.a.O., S. 37; Stratenwerth, AT I, S. 224

66 Noll, S. 55: "Denn eine Pflicht kann nur aus einer Norm entstehen."

Regeln auf wissenschaftlicher Grundlage bestehen (67).

Daher kann sich ein Journalist, der unmündige Jugendliche dem Anstaltsleiter entzieht, nicht auf die Berufspflicht, die Öffentlichkeit über die Verhältnisse in der Anstalt zu orientieren, berufen. In seiner recherchierenden Tätigkeit ist er wie alle andern Bürger den allgemeinen Rechtsnormen unterworfen (68).

Die Tat, die in Ausübung der Berufs- oder Amtspflicht begangen wird, ist dem Verhältnismässigkeitsprinzip unterworfen (69). Wird das unmündige Kind gestützt auf einen Beschluss der vormundschaftlichen Behörden, einen Haftbefehl oder das Urteil einer Jugendstrafbehörde weggeholt und versorgt, rechtfertigt die Amtspflicht die Tat.

§ 21 Selbsthilfe (Art. 52 III OR)

Einen weiteren ausserstrafrechtlichen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 32 StGB stellt die Selbsthilfe aufgrund Art. 52 III OR dar. Um den Verlust oder die Entwertung subjektiver Rechte des Einzelnen zu verhindern, wird das staatliche Gewaltmonopol zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen durchbrochen (70). Wenn staatliche Hilfe nicht rechtzeitig erlangt werden kann, darf der Betroffene zur Anspruchssicherung oder Anspruchsverwirklichung Zwangsmassnahmen ergreifen. Dieser Rechtfertigungsgrund gilt über das Haftpflichtrecht hinaus auch im Strafrecht (71). Art. 52 III OR setzt kumulativ (72) voraus:

- fehlende staatliche Hilfe (Subsidiarität) (73);
- Selbsthilfehandlung als einziges Mittel, die Vereitelung des Anspruches oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung zu verhindern (ultima ratio).

67 Schultz, AT I, S. 156

68 vgl. auch BGE 99 IV 274 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) und Entscheid des Zürcher Obergerichts vom 12.3.1981, wiedergegeben in SJZ 77 (1981), S. 267ff.

69 vgl. BGE 108 IV 96 und BGE 107 IV 86f.

70 vgl. zur Rechtfertigung und geschichtlichen Entwicklung der Selbsthilfe: Eberle, S. 13ff.

71 BGE 104 IV 94 mit Hinweisen auf BGE 76 IV 235, 85 IV 5f. und h.L.

72 Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 275; Stratenwerth, AT I, S. 227; Hilfiker, S. 103f.; Waiblinger, SJK 1204, S. 7; a.M. Landmann, S. 37 und 116

73 im Gegensatz zur Notwehr (vgl. § 16)

Jeder beliebige Anspruch kann durch die Selbsthilfe gesichert werden, es sei denn, dessen Durchsetzung setze ein rechtskräftiges Urteil im ordentlichen Prozess voraus (74). Denn die Selbsthilfe als Surrogat des staatlichen Handelns beschränkt sich auf diejenigen Fälle, "in denen der Staat eine schnelle Hilfe als geboten erachtet und auch entsprechende Mittel grundsätzlich zur Verfügung stellt" (75). Der Anspruch muss berechtigt, das heisst tatsächlich begründet sein (76). Wer irrtümlich annimmt, zur Selbsthilfe berechtigt zu sein, unterliegt einem Sachverhaltsirrtum gemäss Art. 19 StGB. Obwohl die Widerrechtlichkeit der Tat nicht beseitigt wird, entfällt bei entschuldbarem Irrtum mangels gesetzlicher Kausalhaftung die Schadenersatzpflicht des Irrenden (77).

Die Selbsthilfe setzt weder einen widerrechtlichen Angriff auf die Rechtsgüter des Handelnden noch eine dem Notstand analoge unmittelbare Gefahr voraus. "Vielmehr soll verhindert werden, dass die zukünftige Durchsetzung eines berechtigten Anspruches vereitelt oder in Frage gestellt wird" (78).

Einzig der Anspruchsberechtigte, nicht hingegen ein Dritter (79), ist ermächtigt, in Ausübung der Selbsthilfe die Rechtsgüter des Verpflichteten - und nur diese (80) - zu verletzen. Die Angriffshandlung unterliegt dem Verhältnismässigkeitsprinzip (81) und kann "vernünftigerweise nicht über das hinausgehen, was mit amtlichen Massnahmen zu erreichen wäre" (82).

74 Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 285ff.; Hilfiker, S. 104; a.M. Landmann, S. 36 und 114, nach dessen Ansicht einzig obligatorische Ansprüche durch Selbsthilfe sichergestellt werden können, nicht aber Persönlichkeitsrechte.

75 Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 284; Landmann, S. 114

76 Hilfiker, S. 104; Landmann, S. 115f.; vgl. auch Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 286

77 vgl. dazu Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 288; Hilfiker, S. 104

78 Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 278

79 Landmann, S. 117f.

80 Landmann, S. 118f.; Hilfiker, S. 104; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 278

81 vgl. dazu die Ausführungen zur Notwehr- und Notstandshandlung (§§ 16 - 19)

82 Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 283; vgl. auch Landmann, S. 119; Hilfiker, S. 104; Stratenwerth, AT I, S. 227

In BGE 104 IV 94 (i.S. Y. gegen X.) (83) liess das Bundesgericht offen, ob die gesetzlich erlaubte Selbsthilfe auch einen Eltern- teil zur eigenmächtigen Durchsetzung seines Besuchsrechts be- rechteste. Der Vater, dem die Kinder durch Scheidungsurteil zuge- sprochen worden waren, vereitelte die Ausübung des Besuchsrechts der Mutter während eines halben Jahres nach Kräften. Diese Be- hinderung wurde durch Fehler der Behörden verstärkt. Einen Tag vor ihrem gerichtlich eingeräumten Besuchsrecht holte die Mutter die Kinder von der Schule ab und brachte sie erst zwei Tage nach Ablauf der rechtmässigen Weihnachts-Besuchsperiode zurück. Der Vater stellte Strafantrag wegen Entziehens und Vorenthaltens der unmündigen Kinder gemäss Art. 220 StGB.

Das Bundesgericht hielt fest, dass auch die erlaubte Selbsthilfe die Mutter in casu nicht völlig entlasten könnte. Sie sei nicht nur eigenmächtig vorgegangen, um das ihr zustehende Besuchsrecht auszuüben, sondern habe es ohne Ermächtigung um drei Tage über- zogen und sich insoweit ins Unrecht versetzt. Denn selbst der Notwehrexzess gemäss Art. 33 II StGB gestatte nur Strafmilde- rung, nicht Straflosigkeit (84).

Dieser Argumentation kann ich nicht kritiklos folgen. Grund- sätzlich ist das Besuchsrecht der Selbsthilfe zugänglich, sofern dessen Verwirklichung nicht rechtzeitig mit staatlicher Hilfe durchgesetzt werden kann. Das Bundesgericht bezweifelte keines- wegs, dass die Mutter Grund zur Annahme hatte, sie werde bei den Behörden "auf längere Zeit hinaus keinen Schutz finden und die Kinder könnten ihr entfremdet werden" (85). Zudem setzt die Selbsthilfe im Gegensatz zur Notwehr keinen rechtswidrigen Angriff des Erziehungsberechtigten auf das Besuchsrecht voraus. Hingegen muss die Selbsthilfehandlung per se rechtswidrig sein. Der Besuchsberechtigte, der sein Kind innerhalb der ihm einge- räumten Besuchszeit dem Obhutinhaber entzieht, handelt rechtmäs- sig (86). Selbsthilfe kann demzufolge nur vor oder nach Ablauf

83 wiedergegeben in: Pra 67 (1978) Nr. 224, S. 581ff.; JT 127 (1979) IV, S. 108ff.; RS 1979 Nr. 817 und ZöF 76 (1979), S. 62ff.

84 BGE 104 IV 94

85 BGE 104 IV 94

86 vgl. § 20 A (Gesetzlich erlaubtes Handeln)

des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem Kinde erfolgen. Der persönliche Kontakt beschränkt sich regelmässig auf ein bis zwei Wochenende pro Monat und zwei bis drei Wochen gemeinsame Ferien pro Jahr. Werden insbesondere die Wochenendbesuche vom Erziehungsberechtigten vereitelt, kann der Anspruch des Besuchsberechtigten erfahrungsgemäss nicht rechtzeitig mit staatlicher Hilfe durchgesetzt werden (87). Neue mühsame Verhandlungen und Vereinbarungen zwischen den Beteiligten müssen in die Wege geleitet werden, deren Erfolg nur allzu oft zweifelhaft ist, insbesondere wo die Gesprächsbereitschaft und das gegenseitige Vertrauen völlig abgehen. Die dadurch resultierende zeitliche Verschiebung und die oft erfolgte wiederholte Vereitelung des Besuchsrechts führen häufig zur Entfremdung zwischen dem Berechtigten und dem Kinde und höhlen somit den Anspruch systematisch aus. In diesen Fällen kann die Vereitelung des Rechts auf persönlichen Verkehr oder eine wesentliche Erschwerung seiner Geltendmachung nur durch eigenmächtiges Entziehen des Kindes verhindert werden, und zwar vor Beginn des rechtmässigen Besuchsrechts.

Anders verhält es sich, falls der Besuchsberechtigte das Kind dem Erziehungsberechtigten ausserhalb der eingeräumten Dauervorenthält, um das vereitelte Recht eigenmächtig zu kompensieren. Grundsätzlich hat der Elternteil, der an der Ausübung seines Rechts durch Umstände, die der Obhutinhaber zu vertreten hat, gehindert wird, ein Nachholrecht (88). "Würde jeder nicht wahrgenommene Besuchstag unterschiedslos als verwirkt betrachtet, so könnte das bei dem im Besitze der elterlichen Gewalt befindlichen Elternteil den Anreiz schaffen, die Ausübung des Besuchsrechtes durch den andern Teil zu erschweren oder zu verhindern" (89). Dieses nicht allgemeine Nachholrecht muss aber zuerst durch den Richter oder die Vormundschaftsbehörde sachlich, zeitlich und örtlich festgestellt werden. Vorher fehlt der von Art. 52 III OR geforderte berechtigte Anspruch, der durch die Selbsthilfehandlung geschützt werden soll. Das eigenmächtige

87 a.M. Blum, S. 283; vgl. zur Problematik der unmittelbaren Vollstreckbarkeit des Besuchsrechts § 35 F

88 ebenso, falls Gründe vorliegen, aufgrund derer im Interesse des Kindes auf die Ausübung des Besuchsrechts verzichtet wurde; vgl. Näheres bei Blum, S. 78ff. und ZR 66 (1967) Nr. 97, S. 183ff.

89 ZR 66 (1967) Nr. 97, S. 184

Kompensieren des Besuchsrechts wird daher in der Regel nicht durch die Selbsthilfe gemäss Art. 52 III OR gerechtfertigt werden können, die ja primär der Sicherung und nicht der Befriedigung eines Anspruches dient (90).

Zuzustimmen ist der vom Bundesgericht angestrebten Analogie zu Art. 33 II StGB (91). Es hielt fest, dass auch die Ueberschreitung einer allenfalls erlaubten Selbsthilfe analog Art. 33 II StGB zur Strafmilderung führen würde. Der Selbsthilfeexzess setzt aber eine Selbsthilfesituation voraus. In casu hatte die besuchsberechtigte Mutter die Kinder vor Beginn ihrer eingeräumten Besuchszeit von der Schule weggeholt und sie zwei Tage darüber hinaus bei sich behalten. Sie exzedierte, indem sie den zeitlichen Rahmen der Selbsthilfehandlung um zwei Tage überschritt.

Liegt hingegen wie im oben aufgeführten Fall, in dem der Besuchsberechtigte sein Recht irgendwann eigenmächtig kompensiert, keine Selbsthilfesituation vor, wird der Täter, sofern er über deren Vorliegen irrt, nach Art. 19 StGB (92) oder nach Art. 20 StGB (93) behandelt.

90 Sicherung und Befriedigung des Anspruchs sind im Endresultat aber häufig identisch; vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 FN. 424

91 BGE 104 IV 94

92 vgl. zum Tatbestandsirrtum FN. 77 dieses Kapitels und § 9

93 Rechtsirrtum liegt vor, sofern sich der Täter über die Zulässigkeit oder den Umfang des Rechtfertigungsgrundes irrt.

A. Einwilligung der Eltern

Die Einwilligung des Verletzten in die Tat kann unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen: sie stellt entweder einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund (94) oder ein tatbestandsausschliessendes Merkmal dar oder bleibt rechtlich irrelevant, insbesondere weil der Gesetzgeber dem Rechtsgutträger um dessen eigenen Schutzes willen die Verfügungsmacht über das individuelle Rechtsgut abspricht (95).

Es gilt daher zu prüfen, ob die Einwilligung der Eltern zum Entziehen oder Vorenthalten ihres unmündigen Kindes die Widerrechtlichkeit oder die Tatbestandsmässigkeit des Art. 220 StGB beseitigt.

Die Einwilligung kann dort nicht bloss rechtfertigend wirken, wo der betreffende Tatbestand selbst ausdrücklich oder sinngemäss die fehlende Zustimmung des Betroffenen voraussetzt (96). Art. 220 StGB erwähnt zwar die Einwilligung des Inhabers der elterlichen Gewalt nicht explizit, die ratio legis schliesst aber die tatbestandsmässigen Handlungen mit Willen des Obhutinhabers aus: das Entziehen oder Vorenthalten eines unmündigen Kindes implizieren ein Handeln gegen den Willen der Berechtigten (97). Die

94 Näheres zur Einwilligung als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund, der infolge der allgemeinen Anerkennung und langjährigen und ununterbrochenen Praxis bereits als gewohnheitsrechtlicher Erlaubnissatz bezeichnet wird, bei: Stratenwerth, AT I, S. 184ff.; Hauser/Rehberg, S. 140ff.; Schultz, AT I, S. 167ff.; Noll, AT I, S. 117ff.; id., S. 59ff.; Waiblinger, SJK 1207, S. 1ff.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 238ff.; Lehmann Suzanne, Zur Frage der rechtlichen Beurteilung von Doppelblindversuchen an Patienten, in: ZStrR 99 (1982), S. 175

95 beispielsweise die Einwilligung in Tötungsdelikte, schwere Körperverletzungen oder Wucher; vgl. dazu: Stratenwerth, AT I, S. 188f.; Hauser/Rehberg, S. 141; Schultz, AT I, S. 168; Noll, AT I, S. 118; id., S. 60f. und 73ff.; Waiblinger, SJK 1207, S. 2ff.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 241f.; Hilfiker, S. 94f.

96 Hauser/Rehberg, S. 141

97 ebenso wie Diebstahl ("Wegnehmen") nach Art. 137 StGB, Entwendung nach Art. 138 StGB oder Sachentziehung ("Wegnehmen" oder "Vorenthalten") nach Art. 143 StGB; weitere Beispiele, bei: Hauser/Rehberg, S. 141; Schultz, AT I, S. 169; Noll, AT I, S. 117; id., S. 64f., 107f., 109f., 111ff.; Stratenwerth, AT I, S. 186; vgl. speziell hinsichtlich der tatbestandsausschliessenden Einwilligung in die Freiheitsberaubung, Entführung und Geiselnahme (Art. 183ff. StGB): Egli, S. 37, 52f. und 170f.; Rehberg, S. 169; Noll, BT I, S. 77; Stratenwerth, BT I, S. 102f.

fehlende Zustimmung bildet ein Tatbestandselement (98). Die Einwilligung des Obhutinhabers hat somit keine rechtfertigende Wirkung, sondern schliesst den Tatbestand des Art. 220 StGB aus (99).

I. Gültigkeitsvoraussetzungen der Einwilligung

Gemäss herrschender Lehre werden an die Gültigkeit der Zustimmung mit tatbestandsausschliessender Wirkung nicht immer die gleichen Anforderungen gestellt wie an die der rechtfertigenden Einwilligung (100). Welche Voraussetzungen das den Tatbestand ausschliessende Einverständnis erfüllen muss, ist durch Auslegung der betreffenden Strafnorm zu ermitteln. Diese prinzipielle Differenzierung zwischen rechtfertigender Einwilligung und Einverständnis findet Stratenwerth (101) sachlich verfehlt: generell soll die Wirksamkeit der Zustimmung anhand Sachgesichtspunkte, insbesondere die Eigenart des geschützten Rechtsgutes und die Natur des konkreten Eingriffes, geprüft werden.

1. Urteilsfähigkeit des Trägers des individuellen Rechtsgutes

Grundsätzlich ist nur die Einwilligung des Rechtsgutträgers des Art. 220 StGB in das Entziehen oder Vorenthalten des unmündigen Kindes rechtswirksam. Dieser Straftatbestand sichert nicht die elterliche Gewalt als solche, sondern bietet einzig dem Inhaber der Obhut Schutz (102). Das Einverständnis des Elternteils ohne Obhut vermag die Tatbestandsmässigkeit des Art. 220 StGB nicht

98 Das sog. fehlende Einverständnis müsste daher aus dogmatischen Gründen im 1. Kapitel: Die objektiven Tatbestandselemente abgehandelt werden. Systematische Gründe, insbesondere der Konnex und der dadurch erleichterte Zugang des Lesers zur Problematik, sprechen für die Bearbeitung im Rahmen der Rechtfertigungsgründe.

99 gl.M. Noll, S. 116, ohne nähere Begründung; analoge Auslegung des § 235 dtStGB (Kindesentziehung): vgl. Eser, SS, N. 10 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 20 zu § 235; Horn, SK, N. 6 zu § 235; Lackner, N. 3 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235; Blei, S. 82f.; Schwarz, S. 138ff.; Regel, S. 90ff.; Maurach-Schroeder, S. 90; Maurach, S. 127

100 Noll, S. 123 FN. 1; id., AT I, S. 117

101 AT I, S. 187

102 vgl. zum Schutzobjekt des Art. 220 StGB § 1 A IV und B III

zu beseitigen, es sei denn, er handle als gewillkürter Vertreter des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind (103).

Der einwilligende Obhutinhaber muss urteilsfähig sein, d.h. die Fähigkeit besitzen, Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs beurteilen zu können (104). Dieses Erfordernis wird der Inhaber der Obhut regelmässig erfüllen, da die Einräumung der Obhut als Bestandteil der elterlichen Gewalt meines Erachtens nicht nur Mündigkeit gemäss Art. 296 II ZGB in Verbindung mit Art. 14f. ZGB, sondern Handlungsfähigkeit im Sinne des Art. 13 ZGB voraussetzt (105). Sollte der Obhutinhaber das Einverständnis in einem vorübergehenden Moment der Urteilsunfähigkeit erteilt haben, so wird derjenige, der von einer wirksamen Einwilligung ausgeht, gemäss Art. 19 I StGB behandelt (106).

2. Freie Willensbildung

Das Einverständnis des Obhutinhabers mit der räumlichen Trennung zum schutzbefohlenen Kinde auf eine gewisse Dauer darf nicht aufgrund wesentlicher Willensmängel gegeben worden sein.

Entgegen der herrschenden Lehre vermögen gemäss Noll (107) einzig Willensmängel, die so weit wesentlich sind, als sie "massgebliche Motive zur Preisgabe des verletzten Rechtsguts überhaupt betreffen", die Zustimmung ihrer Wirksamkeit zu berauben. Die Einwilligung hebt die Rechtmässigkeit der tatbestandsmässige Handlung nur auf, sofern sie in voller Kenntnis der Art und Tragweite des Eingriffes erteilt wurde (108). Erfolgt sie zu einem genau umschriebenen Zweck, der vom Täter nicht verfolgt wird, oder ist sie an bestimmte Bedingungen geknüpft, die von ihm missachtet werden, so ist sie ungültig (109). Erlaubt bei-

103 vgl. dazu § 22 C

104 vgl. Stratenwerth, AT I, S. 192; Noll, S. 123f.; id., AT I, S. 119; Schultz, AT I, S. 169; Hauser/Rehberg, S. 142; Lehmann Suzanne, a.a.O., S. 175f.; Waiblinger, SJK 1207, S. 6; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 244f.

105 vgl. dazu § 1 A II 1.b); Demzufolge kann auch auf die Erörterung der Einwilligung des urteilsfähigen Unmündigen resp. der gesetzlichen Stellvertretung verzichtet werden.

106 vgl. zum diesbezüglichen Sachverhaltsirrtum § 9

107 S. 130f.

108 Hauser/Rehberg, S. 142; Noll, AT I, S. 119; Stratenwerth, AT I, S. 192; vgl. auch Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 248 ebenso Regel, S. 107f., bezüglich § 235 dtStGB

109 Hauser/Rehberg, S. 142; Noll, S. 131; Schultz, AT I, S. 169, mit Hinweis auf BGE 100 IV 159

spielsweise der Obhutinhaber einem Dritten oder dem besuchsberechtigten Elternteil ohne elterliche Gewalt, mit dem Kinde eine Ferienreise an eine genau bestimmte Destination zu unternehmen oder einen bestimmten Ort oder eine Veranstaltung aufzusuchen, so wird die Widerhandlung gegen diese Abmachung nicht von der Zustimmung gedeckt: es liegt eine Kindesentziehung vor. Insofern kann einem Teil der deutschen Lehre nicht gefolgt werden, der die Tatbestandsmässigkeit des § 235 dtStGB ausschliesst, sobald sich das Einverständnis auf die Herbeiführung der räumlichen Trennung bezieht, auch wenn der Täter sonstige Anweisungen der Eltern missachtet (110). Auch der von Regel (111) entworfene, differenziertere Lösungsansatz widerspricht meines Erachtens den Grundsätzen, denen die Gültigkeit der Einwilligung unterworfen ist. Seiner Meinung nach muss bei der Frage, ob ein "Entziehen" vorliegt, darauf abgestellt werden, ob der Ort, den zu besuchen der Obhutinhaber gestattet, noch in seinem Einflussbereich liegt. "Kann diese Frage bejaht werden, so "entzieht" den Minderjährigen, wer ihn für längere Zeit an einen Ort bringt, an dem keine elterliche Einwirkungsmöglichkeit besteht. Liegt hingegen der Ort, den der Täter mit dem Minderjährigen zulässigerweise aufsuchen dürfte, ausserhalb des elterlichen Machtbereichs, so wird die Tathandlung des § 235 auch dann nicht verwirklicht, wenn der "Täter" den Minderjährigen für einige Zeit an einen anderen Ort mitnimmt" (112).

Auch wenn der Obhutinhaber mit der Zustimmung zur örtlichen Trennung kurzfristig auf die tatsächliche und potentielle Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts verzichtet, wird die verabredungswidrige oder ihm unbekannte Handlung nicht vom Einverständnis gedeckt und bleibt daher tatbestandsmässig im Sinne des Art. 220 StGB.

Rechtlich unproblematisch sind die Fälle, in denen der Obhutinhaber einer örtlichen Trennung vom Kind zustimmt, ohne spezifische Anordnungen oder Bedingungen über den Aufenthaltsort oder Zweck zu erlassen oder zu vereinbaren.

110 Eser, SS, N. 10 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 21 zu § 235; differenzierter Horn, SK, N. 6, für den das Einverständnis auch den mit der örtlichen Trennung verbundenen Zweck einschliessen muss.

111 S. 94ff.

112 Regel, S. 96

Grundsätzlich bleibt die unter Gewalt oder Drohung zustandegekommene Zustimmung rechtlich irrelevant und vermag den Tatbestand des Art. 220 StGB nicht auszuschliessen (113). Hingegen bedarf es der genauen Abklärung des Sachverhaltes, speziell des Willens und der Vorstellung des "Einwilligenden", denn nicht jede Nötigung, der allenfalls widerstanden werden könnte, vermag das Einverständnis seiner Gültigkeit zu berauben. Insbesondere Noll (114), der die Einwilligung nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung betrachtet, fordert aus strafrechtsdogmatischen Gründen und um willen der Rechtssicherheit eine differenzierte Anwendung der Art. 23ff. OR im Strafrecht.

Meines Erachtens muss die Drohung oder die Gewalt eine gewisse Intensität aufweisen, so dass der sei es auch nur zeitweilige Verzicht auf die Ausübung des Aufenthaltsbestimmungsrechts nicht mehr der Entscheidungsfreiheit des Obhutinhabers entspringt. Ist der Druck, dem er nachgibt, relativ schwach oder wäre der angedrohte persönliche Nachteil im Hinblick auf das Kindeswohl zumutbar, so bleibt die Zustimmung rechtswirksam und beseitigt den Tatbestand des Art. 220 StGB (115). Hingegen darf aufgrund der familiären und psychologischen Beziehungsgeflechte zwischen den Betroffenen, die ein besonnenes, eigenständiges und vernünftiges Handeln oft erschweren, der Massstab nicht allzu hoch angesetzt werden. Beispielsweise muss das Einverständnis des Obhutinhabers zu einer Ferienreise oder zu einem längeren persönlichen Kontakt mit dem Kinde ausserhalb des eingeräumten Besuchsrechts unberücksichtigt bleiben, wenn es unter Androhung der Einstellung der familienrechtlichen Unterhalts- oder Unterstützungspflichten abgegeben wurde. Die Unterhaltspflicht besteht zwar

- 113 Hauser/Rehberg, S. 142; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 243; weitere Hinweise auf die herrschende Lehrmeinung bei Noll, S. 130; analog bezüglich § 235 dtStGB: Lackner, N. 3 zu § 235; Blei, S. 82; Regel, S. 100f., mit Hinweisen auf abweichende Meinungen. Diese scheinen mir insofern unerklärlich, als § 235 dtStGB die Anwendung von List, Drohung oder Gewalt explizit fordert und das Erlangen eines Einverständnisses mittels Drohung oder Gewalt somit eine Entziehung, zumindest im mittelbaren Sinne, darstellt.
- 114 S. 130ff.
- 115 Ähnlich Regel, S. 98ff., mit Hinweisen auf abweichende deutsche Lehrmeinungen

unabhängig von einem Anspruch auf persönlichen Kontakt mit dem Kind, aber die Drohung gewinnt angesichts des oft langen Vollstreckungsverfahrens und im Hinblick auf die zukünftige Ausgestaltung der Beziehung zwischen getrennten Eltern und gemeinsamen Kindern an Gewicht, insbesondere wo diese Zahlungen für den Obhutinhaber und die Kinder die Existenzgrundlage bilden.

b) Das durch Täuschung erlangte Einverständnis

Auch das erschlichene Einverständnis vermag grundsätzlich die Tatbestandsmässigkeit des Art. 220 StGB nicht auszuschliessen.

Die herrschende deutsche Lehre spricht der durch List erlangten Zustimmung zur örtlichen Trennung die Rechtsgültigkeit ab, sofern dem Obhutinhaber der Eingriff in sein Aufenthaltsbestimmungsrecht durch das Verhalten des Täters verborgen wird (116). Das Einverständnis ist auch ungültig, wenn der Obhutinhaber über die Zwecke, die der Täter verfolgt, getäuscht wird (117). Der erschlichenen Zustimmung wird indes tatbestandsbeseitigende Kraft zugemessen, sofern der Inhaber der Obhut trotz der Täuschung erkennt, dass die gebilligte Aktion einen wesentlichen Eingriff in seine Befugnisse bedeutet (118).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass nur dann das Einverständnis des Obhutinhabers ein "Entziehen" im Sinne des Art. 220 StGB auszuschliessen vermag, wenn er den Eingriff in sein Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind erkennt und ihm zustimmt.

116 Eser, SS, N. 10 zu § 235; Vogler, LK 10.A., N. 23 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235; Horn, SK, N. 6 zu § 235; Blei, S. 83; Lackner, N. 3 zu § 235; Maurach-Schroeder, S. 90; Maurach, S. 127

117 Eser, SS, N. 10 zu § 235; differenzierter Regel, S. 104, der wiederum darauf abstellt, ob der Ort, an den das unmündige Kind gebracht werden soll, innerhalb oder ausserhalb des elterlichen Schutzbereiches liegt.

118 Regel, S. 103; Vogler, LK 10.A., N. 23 zu § 235

Der Obhutinhaber muss sich vor der Vornahme der örtlichen Trennung vom Kinde damit ausdrücklich oder konkludent einverstanden erklären. Genehmigt er das Entziehen oder Vorenthalten des Schutzbefohlenen erst nachträglich, bleiben diese Handlungen tatbestandsmässig im Sinne des Art. 220 StGB (119). Da dieser Tatbestand ein Dauerdelikt (120) beschreibt, muss das Einverständnis für die ganze Zeit des Handlungsverlaufes bis zur Beendigung aufrecht erhalten bleiben (121).

4. Freie Widerruflichkeit des Einverständnisses

Das Einverständnis kann vom Obhutinhaber jederzeit frei widerrufen werden (122). Er wird durch die Zustimmung weder gültig verpflichtet noch erwirbt der "Täter" ein Recht auf Vornahme oder das Aufrechterhalten der örtlichen Trennung (123). Wer dem Widerruf, der während der Ausführung der Handlung abgegeben wird, nicht Folge leistet, macht sich des Vorenthaltes des unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB strafbar. Die Widerrechtlichkeit der nun tatbestandsmässigen Handlung kann allenfalls durch Rechtfertigungsgründe wie Notwehr- oder Notstandshilfe beseitigt werden (124).

5. Das sittenwidrige Einverständnis

Art. 27 II ZGB erklärt zwar die sittenwidrige Einwilligung als zivilrechtlich unwirksam, es muss aber trotzdem geprüft werden, ob sie strafrechtliche Folgen nach sich ziehen kann. Denn "Art. 27 ZGB erklärt nicht die Verletzung des Einwilligenden unter gewissen Voraussetzungen für widerrechtlich, sondern die Einwilli-

119 analog der rechtfertigenden Einwilligung; vgl. dazu: Noll, S. 132; id., AT I, S. 119; Hauser/Rehberg, S. 142; Stratenwerth, AT I, S. 192; Schultz, AT I, S. 169; Waiblinger, SJK 1207, S. 6; Lehmann Suzanne, a.a.O., S. 175; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 238

120 vgl. dazu § 3 A IV und B II

121 analog der rechtfertigenden Einwilligung; vgl. dazu: Hauser/Rehberg, S. 142; Stratenwerth, AT I, S. 192

122 Hauser/Rehberg, S. 142; Noll, AT I, S. 119; Waiblinger, SJK 1207, S. 6; Oftinger/Stark, a.a.O., § 16 N. 242

123 analog der rechtfertigenden Einwilligung; vgl. dazu: Noll, S. 133; Waiblinger, SJK 1207, S. 6

124 vgl. dazu die §§ 16-21

gung des Verletzten für unverbindlich" (125). Die Sittenwidrigkeit der Zustimmung ist "nur ein unrechterschwerendes Element, welches nicht in allen Fällen, sondern nur dann die Strafbarkeit trotz Einwilligung begründet, wenn die übrigen Unwerte der Tat stark genug sind, um zusammen mit der Unsittlichkeit der Einwilligung dem Unrecht die zur Strafbarkeit nötige Schwere bzw. Qualifikation zu verleihen", denn strafbar ist immer nur besonders qualifiziertes Unrecht (126).

Dem sittenwidrigen Einverständnis des Obhutinhabers zur örtlichen Trennung vom Kind im Sinne des Art. 220 StGB die Wirksamkeit zuzubilligen, drängt sich um so mehr auf, als der Zustimmung tatbestandsausschliessende Kraft zukommt. Das strafbare "Entziehen" oder "Vorenthalten" kann nur gegen den Willen des Inhabers der Obhut erfolgen. Da dieser seinen Willen frei geäussert hat, wenn auch in sittenwidriger Weise, liegt keine tatbestandsmässige Handlung vor (127).

Die unter dem Aspekt des Kindeswohles allenfalls vorgebrachten Bedenken gegen diese Lösung können beseitigt werden. Die sittenwidrige Zustimmung zur örtlichen Trennung vom Kinde, insbesondere für lange Zeit, macht möglicherweise den Schutz, den das unmündige Kind mittelbar durch Art. 220 StGB erfährt (128), zunichte. Indes lebt er aber vollumfänglich und unmittelbar in Art. 219 StGB (Verletzung der Erziehungspflicht) auf. Überlässt der Obhutinhaber sein Aufenthaltsbestimmungsrecht über das Kind, und somit die unmittelbare Pflege und Erziehung, einem Dritten, bei dem es, wie er wissen oder annehmen muss, in sittlicher oder körperlicher Beziehung gefährdet ist, macht er sich nach Art. 219 StGB strafbar.

Das sittenwidrige Verhalten des Obhutinhabers vermag jedoch nicht die Strafbarkeit eines Dritten gemäss Art. 220 StGB zu begründen. Handelt dieser mit Zustimmung des Rechtsgutträgers, kann ihm dessen Sittenwidrigkeit nicht angelastet werden. Hingegen ist nicht ausgeschlossen, dass der Dritte durch sein Verhalten gegenüber dem Kind einen andern Straftatbestand erfüllt, insbesondere Delikte gegen die Sittlichkeit.

125 Noll, S. 71

126 Noll, S. 73; vgl. auch Waiblinger, SJK 1207, S. 2

127 gl.M. bezüglich § 235 dtStGB: Schwarz, S. 139ff.; Regel, S. 90; Vogler, LK 10.A., N. 22 zu § 235; Eser, SS, N. 10 zu § 235; a.M. Maurach, S. 127; differenzierter Blei, S. 83, der eine Kindesentziehung trotz Vorliegen eines Einverständnisses bejaht, wenn gegenüber dem Jugendlichen oder schutzbereiten Dritten die Mittel des § 235 dtStGB angewendet werden.

128 vgl. zum mittelbaren Schutz des Kindes § 1 A IV und B III, § 7 und § 14

Die sittenwidrige Zustimmung des Obhutinhabers in das "Entziehen" oder "Vorenthalten" des unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB hat tatbestandsausschliessende Wirkung.

6. Kenntnis des Täters von der Einwilligung

Damit das Einverständnis des Obhutinhabers die Tatbestandsmässigkeit des "Entziehens" oder "Vorenthalten" des unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB zu beseitigen vermag, bedarf es als subjektives Element der Kenntnis des "Täters" von der Zustimmung (129). Glaubt dieser bloss, es liege eine Einwilligung des Inhabers des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das Kind vor, so befindet er sich im Sachverhaltsirrtum, dessen Rechtsfolgen durch Art. 19 StGB geregelt werden (130).

Es stellt sich noch die Frage, wie der Sachverhalt zu behandeln ist, wo das Einverständnis des Obhutinhabers zwar objektiv vorliegt, dem "Täter" aber nicht bekannt ist. Für die rechtfertigende Einwilligung wurden von der Lehre zwei Lösungsvarianten entwickelt: entweder ist untauglicher Versuch (131) oder vollendetes Delikt (132) anzunehmen.

Für das tatbestandsausschliessende Einverständnis kann nur eine Subsumtion Bestand haben: Weil die Zustimmung des Obhutinhabers, als negatives objektives Tatbestandselement, effektiv vorliegt, kann der Täter den Straftatbestand des Art. 220 StGB nicht vollumfänglich erfüllen; seine Handlung muss als untauglicher Versuch (Art. 23 StGB) zu Art. 220 StGB gewertet werden.

B. Einverständnis nur eines Inhabers der Obhut

Grundsätzlich kann einzig der Rechtsgutträger des Art. 220 StGB, der Obhutinhaber, mit seinem Einverständnis die Tatbestandsmässigkeit des "Entziehens" oder "Vorenthalten" des unmündigen Kindes ausschliessen. Sind beide Elternteile Inhaber der intakten elterlichen Gewalt, einschliesslich der Obhut, gilt es zu prüfen, ob auch dem Einverständnis nur eines Ehegatten (133) zur örtlichen Trennung tatbestandsausschliessende Wirkung zukommt.

129 analog der rechtfertigenden Einwilligung; vgl. dazu: Noll, S. 134; id., AT I, S. 119; Hauser/Rehberg, S. 142; Stratenwerth, AT I, S. 193; Schultz, AT I, S. 169; Waiblinger, SJK 1207, S. 7

130 vgl. zum Sachverhaltsirrtum § 9

131 so Stratenwerth, AT I, S. 193 und 229ff.; Schultz, AT I, S. 169 und Waiblinger, SJK 1207, S. 7

132 so Noll, S. 134

133 Die Problematik stellt sich sinngemäss bei mehrfacher Vormundschaft in gemeinsamer Amtsführung; vgl. dazu § 6 E.

Da jeder Ehegatte mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung zur selbständigen Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt ist, es sei denn, das Gesetz verlange ausdrücklich die Einwilligung beider Eltern (134), ist bei rechtmässiger Vertretung auch das Einverständnis bloss eines Elternteils gültig (135).

Missbraucht ein Obhutinhaber seine Vertretungsbefugnisse oder handelt er gegen den Willen seines Ehegatten, bleibt die Einwilligung wirkungslos (136). Der Täter aber, der glaubt, es liege ein rechtmässiges Einverständnis vor, bleibt aufgrund Art. 19 I StGB straflos (137).

C. Das Einverständnis Dritter

Es gilt abzuklären, inwieweit das Einverständnis Dritter, die nicht über das Aufenthaltsbestimmungsrecht verfügen, die Tatbestandsmässigkeit des Art. 220 StGB zu beseitigen vermag.

I. Das Einverständnis der Pflege- oder Stiefeltern

Die Pflegeeltern sind zwar nicht Inhaber der elterlichen Gewalt, Art. 300 I ZGB räumt ihnen aber im Rahmen der gehörigen Erfüllung ihrer Aufgabe unabhängig vom Willen der Eltern eine Stellvertretungsmacht ein (138). Sie sind somit in limitiertem Umfang gesetzliche Vertreter der Gewaltinhaber. Ihr Einverständnis zur örtlichen Trennung vom Kind ist daher rechtswirksam, solange das Pflegeverhältnis einen solchen Entscheid unter Beachtung des Kindeswohles fordert und ihm kein Veto des Obhutinhabers entgegensteht.

Auch der Stiefelternteil ist von Gesetzes wegen berechtigt, den Inhaber der elterlichen Gewalt zu vertreten. Seine Vertretungsmacht beschränkt sich aber auf Ausnahmesituationen (Art. 299 ZGB) (139). Erteilt der Stiefelternteil die Zustimmung zur örtlichen Trennung vom Kinde, kommt ihr tatbestandsausschliessende Kraft zu, sofern die besonderen Umstände einen solchen Entscheid verlangen.

134 vgl. dazu § 1 A II 3.

135 analog bezüglich § 235 dtStGB: Vogler, LK 10.A., N. 21 zu § 235; Regel, S. 93; Eser, SS, N. 11 zu § 235

136 Er macht sich allenfalls selber der Entziehung seines unmündigen Kindes gegenüber dem andern Obhutinhaber strafbar; vgl. dazu § 6 B.

137 vgl. zum Sachverhaltsirrtum § 9

138 vgl. dazu § 1 A II 5. und III 2.e)

139 vgl. dazu § 1 A II 4. und III 2.e)

Sprengt das Einverständnis der Pflege- oder Stiefeltern ihre gesetzliche Vertretungsmacht, so ist es ungültig. Der Täter, der auf das Vorliegen einer rechtswirksamen Zustimmung vertraute, befindet sich in einem Sachverhaltsirrtum und bleibt nach Art. 19 I StGB straflos (140).

II. Das Einverständnis gewillkürter Stellvertreter des Obhutinhabers

Zwar verneint die Lehre mehrheitlich die Zulässigkeit der gewillkürten Stellvertretung bezüglich der rechtfertigenden Einwilligung in eine Rechtsgutverletzung des Vertretenen. Die überzeugenden Argumente Nolls (141), die auch für das den Tatbestand ausschliessende Einverständnis Geltung beanspruchen können, sprechen aber für die Möglichkeit einer solchen Stellvertretung. Denn auch der Stellvertreter kann den Verletzten mit der Einwilligung nicht mehr binden als dieser selber es könnte, "das heisst praktisch nur im Rahmen von Art. 27 ZGB" (142). Meines Erachtens muss die Stellvertretung ausdrücklich bekundet werden, um Gültigkeit zu erlangen. Zudem kann das Einverständnis des genannten Stellvertreters zur örtlichen Trennung vom Kinde nur soweit wirksam sein, als es nicht in solchem Ausmass gegen die Interessen des Obhutinhabers verstösst, dass nach den Umständen anzunehmen wäre, der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts selber hätte bei Kenntnis der Sachlage die Zustimmung nicht erteilt (143). Des weiteren muss das Einverständnis des Vertreters denselben Anforderungen genügen, die an die Gültigkeit der Zustimmung des Obhutinhabers selbst gestellt werden (144). Bestehen Zweifel über das Vorliegen des Vertretungsverhältnisses, ist es in der Regel nur anzuerkennen, wenn der als Vertreter Handelnde mit der Ausübung der Obhut betraut ist. Irrtümer auf Seiten des Täters über das Vorliegen des Einverständnisses werden nach Art. 19 StGB behandelt.

140 vgl. dazu § 9

141 S. 124ff.

142 Noll, S. 124

143 vgl. Noll, S. 126

144 vgl. § 22 A

Einzig der Rechtsgutträger des Art. 220 StGB, der Obhutinhaber, kann über das geschützte Rechtsgut, das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind, disponieren. Zwar erwächst dem Kind aufgrund der Wesensart der elterlichen Gewalt aus Art. 220 StGB mittelbarer Schutz (145), doch schliesst gerade dieser Schutzgedanke die Verfügungsmacht des Kindes über das Aufenthaltsbestimmungsrecht aus. Daher vermag seine Zustimmung in ein "Entziehen" oder "Vorenthalten" weder die Tatbestandsmässigkeit noch die Rechtswidrigkeit dieser Handlungen zu beseitigen (146).

Auch die deutsche (147) und österreichische (148) Strafrechtslehre sprechen dem Einverständnis des Kindes zur Tat bezüglich der Kindesentziehung jegliche Rechtsrelevanz ab (149).

145 vgl. dazu § 1 A I und IV 1., § 7 und § 14

146 gl.M. Thormann/Overbeck, N. 7 zu Art. 220; Logoz, N. 3 zu Art. 220; Hafter, S. 444; Zürcher, S. 262f.; Petrzilka, S. 291; Stratenwerth, BT II, S. 98; schon alle kantonalen Kinderraubtatbestände, auch wenn sie als Delikte gegen die persönliche Freiheit des unmündigen Kindes ausgestaltet waren, betrachteten dessen Einverständnis als wirkungslos (vgl. Nachweise bei Wurstemberger, S. 19, 21, 29, 56, 58f., 98 und 107f.). Ebenso irrelevant ist die Einwilligung des noch nicht 16-jährigen Kindes in die eigene Entführung nach Art. 183 Ziff. 2 StGB; vgl. Egli, S. 109 und 113f.

147 so schon RG 18 (1888), 276; vgl. auch Vogler, LK 10.A., N. 20 zu § 235; Horn, SK, N. 2 zu § 235; Lackner, N. 3 zu § 235; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 235; Maurach-Schroeder, S. 90; Maurach, S. 127; Schmidhäuser, N. 10 zu § 235; Schwarz, S. 138f.; Blei, S. 82

148 Foregger/Serini, E. I zu § 195

149 Das Einverständnis des Kindes ist hingegen bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.

Der Übergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen wird in der Praxis und Doktrin nahezu allgemein anerkannt (150). "Wer in Ausübung verfassungsmässig garantierter Freiheitsrechte Werte schafft oder bedeutende Interessen wahrnimmt, handelt rechtmässig, auch wenn er dabei weniger bedeutende Werte bzw. Interessen in Erfüllung eines Straftatbestandes verletzt" (151).

Unsicher und umstritten ist hingegen der Umfang dieses Rechtfertigungsgrundes, der aufgrund seiner subjektiven Komponente die Gefahr in sich birgt, die Grenzen strafbaren Verhaltens zu verwässern (152). Die Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen darf nur zulässig sein, falls die an und für sich strafbare Handlung das einzige Mittel darstellt, nachdem alle legalen Möglichkeiten ausgeschöpft worden sind, ein Interesse zu verfolgen, das höherrangig (153) ist als das Rechtsgut, in das eingegriffen wird. Das tatbestandsmässige Verhalten des Täters kann nur dann gerechtfertigt werden, wenn es zudem den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips entspricht (154).

Es gilt zu prüfen, ob die Wahrung des Kindeswohles ein Interesse darstellt, das eine Straftat rechtfertigen könnte.

Grundsätzlich kann jedes "schutzwürdige private oder öffentliche Interesse in Betracht kommen, bei dem es nicht schon um die Rettung konkret bedrohter Rechtsgüter geht" (155). Neuestens wird

150 Hauser/Rehberg, S. 144; Stratenwerth, AT I, S. 208; Noll, AT I, S. 113; Schultz, AT I, S. 171f., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung; Lenckner Theodor, Die Wahrnehmung berechtigter Interessen, ein "übergesetzlicher" Rechtfertigungsgrund?, in: Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 243ff.

151 Noll, AT I, S. 113

152 vgl. die Kritik und Bedenken bei: Hauser/Rehberg, S. 144f.; Schultz, AT I, S. 172 und im Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 12.11.1986, abgedruckt in SJZ 83 (1987), S. 102

153 Die Abwägung darf sich aber nicht in einem Vergleich der abstrakten Ranghöhen der kollidierenden Güter und Werte erschöpfen. Notwendig ist immer eine den konkreten Interessenkonflikt erfassende Gesamtabwägung (Lenckner, a.a.O., S. 248).

154 geeignetes und notwendiges Mittel unter Berücksichtigung der Mittel-Ziel-Relation; vgl. dazu: Stratenwerth, AT I, S. 209; Schultz, AT I, S. 171f.; Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 12.11.1986, wiedergegeben in SJZ 83 (1987), S. 102f.

155 Stratenwerth, AT I, S. 209

die Frage aufgeworfen, ob ein schutzwürdiges privates Interesse an der Tat genügt, oder ob nicht vielmehr ein öffentliches Interesse unabdingbare Voraussetzung für das Vorliegen eines übergesetzlichen Rechtfertigungsgrundes sein muss (156).

Das Kindeswohl als Maxime des Rechts mit ordre public Charakter (157), das auch ohne gesetzliche Grundlage als oberste Richtschnur bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt oder Obhut und der Einräumung und Ausgestaltung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind zu gelten hat (158), stellt daher ein berechtigtes privates und zugleich öffentliches Interesse dar. Da die Einrede des Kindeswohles sogar den elterlichen Anspruch auf Herausgabe des Kindes nach Art. 301 III ZGB zu vereiteln vermag, indem sie die Widerrechtlichkeit des Entziehens beseitigt (159), fällt die Wahrnehmung der Kindesinteressen in den Anwendungsbereich übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe.

Hingegen ist äusserst fragwürdig, ob die Wahrung des Kindeswohles strafbare Handlungen im Sinne des Art. 220 StGB zu rechtfertigen vermag. Wird das unmündige Kind entzogen oder vorenthalten, nachdem die vormundschaftlichen Behörden oder das Gericht die Zuteilung der elterlichen Gewalt oder der Obhut mitsamt der Ausgestaltung des Besuchsrechts unter dem Aspekt des Kindeswohles festgelegt haben, entfällt die Berechtigung des Täters, eigenmächtig und wider dem autoritativen Entscheid die Interessen des Kindes zu wahren. Es widerspricht dem Kindeswohl durch subjektive Wertungen des Täters die durch ein Urteil oder einen Entscheid geschaffenen stabilen Verhältnisse des Kindes zu zerstören. Nicht einmal der Vollstreckungsrichter darf unter genereller Berufung auf das Kindeswohl die Elternrechte neu und

156 Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 12.11.1986, abgedruckt in SJZ 83 (1987), S. 102

157 vgl. dazu: Brauchli, S. 173ff., 186f. und 190ff. und Hausheer Heinz, Die Zuteilung der elterlichen Gewalt im Scheidungsverfahren nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: ZVW 39 (1983), S. 123, mit Verweisung auf BGE 96 I 391

158 vgl. dazu: Blum, S. 27ff., 33, 41, 191; Brauchli, S. 50ff., 61ff., 78ff., 86ff., 95ff., 106ff., 176ff., 199ff.; Hausheer, a.a.O., S. 121ff.; Henkel, S. 6ff. und 70; Hinderling, S. 93 und 105; BGE 111 II 315, wiedergegeben in ZVW 41 (1986), S. 146; BGE 109 II 193; BGE 108 II 370

159 Kühnle, S. 38f., 54f. und 89f.; Münder Johannes, Der Anspruch auf Herausgabe des Kindes, in: NJW 86, S. 812

abweichend vom Scheidungsurteil ordnen (160). Aus der Sicht des Kindes besteht ein besonderes Interesse, dass der Kampf um das Kind im Vollstreckungsverfahren nicht neu auflebt, weil ein Elternteil sich den im Urteil getroffenen Anordnungen widersetzt, die seines Erachtens den Interessen des Kindes widersprechen. Zudem kann ein berechtigtes Interesse tatbestandsmässiges Verhalten nur rechtfertigen, wenn es keinen gesetzeskonformen Weg gibt, auf dem es sich wahren liesse (161). Massgeblichen Veränderungen, die nach dem Urteil oder Entscheid eintreten können, tragen Art. 157, 313f. oder 315a ZGB Rechnung. Zusätzlich steht dem Täter die Möglichkeit offen, den Erlass vorsorglicher Massnahmen (Art. 145 ZGB) im Hinblick auf ein Abänderungsverfahren nach Art. 157 ZGB oder Kindesschutzmassnahmen nach Art. 307ff. ZGB zu beantragen.

Daneben ergeben sich Probleme hinsichtlich der sich gegenüberstehenden Werte. Der Täter greift in das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers ein, um im vermeintlichen Interesse des Kindes selber dessen Aufenthaltsort zu bestimmen. Mit der Berufung auf die Wahrung berechtigter Interessen können aber in der Regel nur geringfügige Delikte oder Verstösse gegen allgemeine Ordnungsnormen gerechtfertigt werden, niemals aber schwere Eingriffe in fremde Rechtsgüter, die wertvoller oder gleichwertig sind (162).

Schädigt oder gefährdet der Obhutinhaber die psychische oder physische Integrität des Kindes oder ein Rechtsgut eines Dritten – insbesondere das Besuchsrecht –, muss nicht tatenlos zusehen werden. Ein Entziehen oder Vorenthalten des unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB wird sodann durch einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund wie Notwehr, Notwehrhilfe, Notstandshilfe oder Selbsthilfe (163) gerechtfertigt werden können.

160 BGE 111 II 316, abgedruckt in ZVW 41 (1986), S. 146

161 Stratenwerth, AT I, S. 209; Entscheid des Bezirksgerichts Bülach vom 12.11.1986, wiedergegeben in SJZ 83 (1987), S. 102f.

162 Stratenwerth, AT I, S. 209; Schultz, AT I, S. 172; vgl. aber auch FN. 168 dieses Kapitels

163 vgl. dazu die §§ 16 – 21

Auch wenn die Berufung auf die Wahrung des Kindeswohls die Rechtswidrigkeit einer Tat gemäss Art. 220 StGB in der Regel nicht zu beseitigen vermag, sind die Kindesinteressen generell geeignet, die unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zugefügte Verletzung minderwertiger Rechtsgüter übergesetzlich zu rechtfertigen. Beispielsweise können geringfügige Delikte, die von Selbsthilfegruppen während der Rückführung (164) eines unmündigen Kindes begangen werden, in Anbetracht der Interessen des Kindes ihrer Rechtswidrigkeit entkleidet werden, wenn sie nicht bereits von gesetzlichen Rechtfertigungsgründen (165) ausgeschlossen worden ist. Dies setzt jedoch voraus, dass der ausländische Staat, in dem die rechtswidrigen Taten ausgeführt werden, die Wahrung berechtigter Interessen ebenfalls als Rechtfertigungsgrund anerkennt.

Ich möchte bereits an dieser Stelle betonen, dass sich die Mitglieder der Selbsthilfegruppen nicht der Entziehung eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB strafbar machen. Sie engagieren sich nur für den Elternteil, dem die Obhut gerichtlich oder behördlich zugesprochen worden ist, und der somit als Rechtsgutsträger durch Art. 220 StGB Schutz genießt. Der Elternteil ohne Obhut, der das Kind vorderhand entführte, kann sich keineswegs auf den Schutz dieser Strafnorm berufen, sondern ist selbst wegen dieses Deliktes zur Verantwortung zu ziehen. Eine Rückführung des Kindes im Auftrag des Obhutinhabers stellt daher niemals eine strafbare Entziehung eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB dar (166).

164 Gemeint ist die Rückführung eines entführten Kindes in den Herrschaftsbereich des rechtmässigen Obhutinhabers; die im allgemeinen Sprachgebrauch verwendeten identischen Ausdrücke "Rückentführung" oder "Gegenentführung" sind zu vermeiden, da sie strafbares Verhalten implizieren.

165 vgl. dazu die §§ 16 - 22

166 vgl. zu den Selbsthilfegruppen § 32 A und B VI

§ 24 Der Strafantrag

A. Allgemeines

Art. 220 StGB stellt ein absolutes Antragsdelikt dar. Grundsätzlich verlangte der Bundesrat in seinem Gesetzesentwurf (1), analog den kantonalen Kinderraubtatbeständen (2), die Ausgestaltung dieses Vergehens als Officialdelikt. Der Vorschlag der vorberatenden Kommission des Nationalrates (3) bewirkte hingegen die Umgestaltung dieses Straftatbestandes in ein Antragsdelikt.

Der Strafantrag ist die vorbehaltlose Willenserklärung des Verletzten, es solle wegen eines bestimmten Sachverhaltes gegen den oder die genau bezeichneten oder unbekannten Täter die Strafverfolgung eingeleitet werden (4). Es ist hingegen nicht Sache des Antragstellers, den Tatbestand rechtlich zu qualifizieren (5). Der Inhalt und die Frist des Antrages werden vom Bundesrecht (6), die formellen Erfordernisse jedoch vom kantonalen Recht festgelegt. Gemäss ständiger Praxis des Kassationshofes des Bundesgerichts liegt ein gültiger Strafantrag vor, "wenn der Antragsberechtigte innert Frist bei der nach kantonalem Recht zuständigen und in der ebenfalls vom kantonalen Recht vorgeschriebenen Form seinen bedingungslosen Willen zur Strafverfolgung des Täters so erklärt, dass das Strafverfahren ohne weitere Willenserklärung weiterläuft" (7).

Das Bundesgericht und die herrschende Lehre qualifizieren den Strafantrag nicht als objektive Strafbarkeitsbedingung (8), sondern als Prozessvoraussetzung (9).

1 BBl 1918 IV 163 (Art. 186)

2 Einzig der Kanton Neuenburg verfolgte den Entführer des minderjährigen Kindes immer nur auf Antrag der fürsorgeberechtigten Personen (Wurstemberger, S. 81).

3 Sten. Bull. NR 1929, S. 529f., 532 und 534, leider ohne nähere Begründung; Sten. Bull. StR 1931, S. 543 und 545f.

4 vgl. BGE 106 IV 245; Hauser/Rehberg, S. 199; Noll, AT I, S. 234; Schultz, AT I, S. 236; Huber, S. 50; Rehberg Jörg, Der Strafantrag, in: ZStrR 85 (1969), S. 262

5 BGE 85 IV 75; Hauser/Rehberg, S. 199; Schultz, AT I, S. 236; Huber, S. 36ff.

6 Art. 28-31 StGB

7 BGE 108 Ia 99f. und dort zitierte frühere Entscheide

8 so Schultz, AT I, S. 237 und Huber, S. 80ff.

9 BGE 105 IV 231 (i.S. Y. gegen X., wiedergegeben in Pra 68 (1979) Nr. 285, S. 727ff.; JT 128 (1980) IV, S. 132; RS 1980 Nr. 975); Hauser/Rehberg, S. 198; Noll, AT I, S. 233; Stratenwerth, AT I, S. 125

I. Eltern

1. Beide Elternteile als Inhaber der intakten elterlichen Gewalt

Gemäss Art. 28 I StGB ist jeder durch die Tat Verletzte antragsberechtigt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kommt nur der Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes als Verletzter im Sinne von Art. 28 StGB in Betracht; wer durch die strafbare Handlung bloss mittelbar betroffen worden ist, gilt nicht als verletzt, und ist folglich auch nicht antragsberechtigt (10). Nur der handlungsfähige oder urteilsfähige 18jährige Verletzte kann selbständig Strafantrag stellen; ansonsten steht dieses Recht (11) dem gesetzlichen Vertreter oder bei Bevormundung des Rechtsgutträgers zusätzlich der Vormundschaftsbehörde zu (Art. 28 II und III StGB) (12).

Art. 220 StGB schützt das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers (13). Sind beide Elternteile Inhaber der intakten elterlichen Gewalt, welche die Obhut als deren Bestandteil miteinschliesst (14), so sind sie als Rechtsgutträger antragsberechtigt. Beide Inhaber der gesamten elterlichen Gewalt können die Strafverfolgung des Täters aus eigenem, nicht abgeleitetem Recht beantragen. Die Befugnis als Verletzte, den Strafantrag zu stellen, ist keine Komponente der elterlichen Gewalt, die

10 BGE 92 IV 2 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich; wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 94, S. 329ff.; RS 1966 Nr. 198; JT 114 (1966) IV, S. 84ff.) mit Verweisungen auf BGE 86 IV 82 und 87 IV 106; ebenso: Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 17.4.1985, abgedruckt in Pra 74 (1985) Nr. 135, S. 393; Beschluss der Ueberweisungsbehörde des Kantons BS vom 9.5.1984, wiedergegeben in BJM 1984, S. 192f. und RS 1984 Nr. 677; vgl. auch Rehberg, a.a.O., S. 248; Huber, S. 12ff.; Hauser/Rehberg, S. 200; Schultz, AT I, S. 237f.; einschränkend Noll, AT I, S. 234, der die Antragsberechtigung nur bei höchstpersönlichen Rechten auf den Rechtsgutträger beschränkt.

11 Vgl. zur Rechtsnatur des Strafantrages Huber, S. 15ff., der das Strafantragsrecht nicht als höchstpersönliches subjektives Recht, sondern als eine Reflexwirkung des objektiven Rechts betrachtet.

12 vgl. Näheres bei: Rehberg, a.a.O., S. 250ff. und Huber, S. 18f.; Noll, AT I, S. 234

13 vgl. zum Schutzobjekt des Art. 220 StGB § 1 A IV und B III

14 vgl. zum Inhalt der elterlichen Gewalt § 1 A III

203
beide gemäss Art. 297 I ZGB gemeinsam auszuüben haben (15). Somit ist jeder Elternteil wegen Verletzung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind, ohne dass er die Zustimmung des Ehegatten bedürfte, legitimiert, Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB zu stellen. Da die elterliche Gewalt Handlungsfähigkeit voraussetzt (16), kann auf die Behandlung der Antragsberechtigung der gesetzlichen Vertreter und der Vormundschaftsbehörde gemäss Art. 28 II StGB verzichtet werden.

2. Elternteil ohne Obhut

Wurde einem Ehegatten die elterliche Gewalt gesamthaft oder aber auch nur die Obhut gerichtlich oder behördlich abgesprochen oder entzogen (17), so verliert er grundsätzlich (18) den aus Art. 220 StGB fliessenden Rechtsschutz. Einzig der Träger des direkt angegriffenen Rechtsgutes, der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind, vermag durch seine Willensäusserung die Strafverfolgung des Täters rechtsgültig zu initiieren (19). Auch der Ehegatte, der in einem mit seinem Ehepartner geschlossenen Obhutvertrag auf die Ausübung seines Aufenthaltsbestimmungsrechts über die gemeinsamen Kinder verzichtet oder sie faktisch aufgibt, verliert die Strafantragsberechtigung bezüglich Art. 220 StGB (20).

15 BGE 92 IV 2ff.; ebenso: Rehberg, a.a.O., S. 251f.; differenziert zu behandeln ist aber die eigene Antragsmöglichkeit der Eltern als gesetzliche Vertreter, die Strafverfolgung wegen einer Rechtsgutverletzung ihres Kindes zu beantragen. Diese Interessenwahrung für das Kind ist Bestandteil des elterlichen Pflichtrechtes und muss daher gemeinsam ausgeübt werden; gl.M. Rehberg, a.a.O., S. 251; ungenau Frank, S. 39; id., Ehetrennung, S. 251; ebenso bezüglich § 235 dtStGB: Eser, SS, N. 3 zu § 238; Vogler, LK 10.A., N. 1 zu § 238; Horn, SK, N. 3 zu § 238; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 238; ebenso hinsichtlich § 195 öStGB: Pallin, N. 15 zu § 195; Mayerhofer/Rieder, N. 27 zu § 195.

16 vgl. dazu § 1 A II 1.b)

17 vgl. zur Entziehung der elterlichen Gewalt § 5 und zur fehlenden Obhut § 6

18 Vorbehalt bleibt der strafrechtliche Schutz des besuchsberechtigten Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut; vgl. dazu § 24 B I 3.

19 Gegenteilig entschied das OLG Stuttgart am 23.3.1956 (abgedruckt in NJW 56, S. 1001f.): es billigte der Mutter, der das Personenfürsorgerecht über ihr Kind abgesprochen worden war, das Antragsrecht hinsichtlich § 237 a.F. StGB (Entführung mit Willen der Entführten) zu, weil sie mit der Ausübung der Obhut betraut worden war.

20 vgl. dazu die Ausführungen unter § 6 B I, insbesondere Ziff. 4.

3. Besuchsberechtigter Elternteil als Mitinhaber der elterlichen Gewalt ohne Obhut

Das gerichtlich oder behördlich fixierte Besuchsrecht des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut genießt durch Art. 220 StGB strafrechtlichen Schutz (21). Meines Erachtens müsste er sich konsequenterweise auch auf das vertraglich vereinbarte Besuchsrecht erstrecken (22). Wird dem Mitinhaber der elterlichen Gewalt ohne Obhut die Ausübung seines Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind vereitelt, so gilt er als Verletzter im Sinne des Art. 28 I StGB und ist berechtigt, Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB zu stellen.

Einmal mehr möchte ich darauf hinweisen, dass durch Art. 220 StGB nur das Besuchsrecht des Mitinhabers der elterlichen Gewalt geschützt wird. Das Recht auf persönlichen Verkehr mit dem unmündigen Kind des Elternteils, dem die elterliche Gewalt aberkannt oder abgesprochen wurde, fällt nicht in den Schutzbereich des Art. 220 StGB (23). Somit steht ihm auch die Antragslegitimation hinsichtlich Art. 220 StGB nicht zu.

II. Behörden

1. Der Vormund und die Vormundschaftsbehörde als Träger der vormundschaftlichen Gewalt mit Obhut

Steht das unmündige Kind unter vormundschaftlicher Gewalt (24), so bestimmt der Vormund grundsätzlich den Aufenthaltsort des Schutzbefohlenen. Als Träger des durch Art. 220 StGB Schutz erfahrenden Aufenthaltsbestimmungsrechts (25) ist er als unmittelbarer Verletzter berechtigt, die Strafverfolgung des Täters, der das Mündel entzieht oder vorenthält, zu verlangen.

Infolge der doppelten Trägerschaft der Obhut über das bevormun-

21 vgl. die Ausführungen unter § 1 A IV und § 6 C II, insbesondere Ziff. 5 und 6

22 Vgl. Näheres in § 6 C II 5. und 6.

23 vgl. dazu die Ausführungen in § 6 C II 1., 5. und 6.

24 vgl. zur Rechtsnatur, zu Inhalt und Trägerschaft der vormundschaftlichen Gewalt § 1 B I und II

25 vgl. zum strafrechtlichen Schutz der vormundschaftlichen Gewalt § 1 B III

dete Kind (26) verliert der Vormund aber seine Antragslegitimation, wenn sich das Kind in einer Erziehungs-, Versorgungs- oder Heilanstalt befindet. Drängt sich eine solche Einweisung auf, liegt dieser Entscheid in der Kompetenz der Vormundschaftsbehörde (Art. 405a I ZGB), die somit als Rechtsgutträgerin des Art. 220 StGB Schutz genießt (27). Wird das bevormundete Kind aus der Anstalt weggeholt oder nicht mehr zurückgebracht, so ist einzig die Vormundschaftsbehörde als Verletzte im Sinne des Art. 28 I StGB befugt, Antrag bezüglich Art. 220 StGB zu stellen. In diesem Sinne entschied das Obergericht des Kantons Appenzell A.-Rh. bereits im Jahre 1952 (28). Das Verfahren gegen den bevormundeten Vater, der seinen im Bürgerheim untergebrachten bevormundeten unmündigen Sohn entzogen hatte, musste mangels rechtsgültigen Strafantrages eingestellt werden. Der Inkriminierte hatte sein Kind der Gewalt der Vormundschaftsbehörde (29) entzogen, weshalb einzig diese zum Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB berechtigt war.

2. Die Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin gemäss Art. 310 ZGB ohne Restgewalt

Da meines Erachtens auch die Vormundschaftsbehörde, die aufgrund Art. 310 ZGB den Aufenthaltsort des unmündigen Kindes bestimmen muss, durch Art. 220 StGB Schutz erfährt (30), kann sie als Verletzte Strafantrag gegen die Person stellen, die ihr Aufenthaltsbestimmungsrecht tatbestandsmässig vereitelt.

3. Die urteilende oder vollziehende Behörde des Jugendstrafrechts mit Obhut ohne Restgewalt

Nach meinem Dafürhalten sind auch die urteilenden oder vollziehenden Behörden des Jugendstrafrechts Rechtsgutträger des Art. 220 StGB, wenn ihnen das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind zusteht (31). Auch sie sind daher berechtigt, Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB zu stellen.

26 vgl. dazu § 1 A III 2.c)cc) und § 1 B II 3.

27 vgl. dazu § 1 B III und § 1 A IV

28 Entscheid vom 20.3.1952, wiedergegeben in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege (Amtsjahr 51/52) an den Kantonsrat von Appenzell A.Rh. vom Obergericht erstattet, S. 50f. und RS 1953 Nr. 82; so auch Zürcher, S. 263

29 in casu der Gemeinderat

30 vgl. die Ausführungen in § 1 A III 2.c)cc) und A IV sowie § 1 B III

31 vgl. dazu § 1 A III 2.c)dd) und A IV, insbesondere Ziff. 3.c)

1. Das Kind

Das Kind wird durch Art. 220 StGB mittelbar geschützt, ihm fehlt jedoch jegliche Verfügungsberechtigung über das Aufenthaltsbestimmungsrecht (32). Seine Interessen werden zwar von der strafbaren Handlung betroffen, es gilt aber nur als Verletzter im Sinne des Art. 28 I StGB, wer selber Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes - in casu die Obhut - ist. Daher ist es bezüglich Art. 220 StGB nicht antragsberechtigt (33).

Das Bundesgericht hingegen akzeptierte im Jahre 1954 den vom Beistand im Namen des Kindes eingereichten Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB (34). In BGE 92 IV 2 (35) wird dahingestellt, ob die unmündige Person infolge des ihm aus Art. 220 StGB erwachsenden mittelbaren Schutzes als durch die Tat verletzt anzusehen sei, wenn sie den Eltern entzogen oder vorenthalten wird (36).

2. Pflege- und Stiefeltern

Pflege- und Stiefeltern sind, auch wenn ihnen das unmündige Kind faktisch (37) entzogen worden ist, nicht als Verletzte zu betrachten. Sie sind zwar mit der unmittelbaren Ausübung der Obhut betraut, sie sind aber nicht Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts (38). Auch aus der ihnen zustehenden gesetzlichen Vertretungsmacht, basierend auf Art. 299 und 300 ZGB, die sich auf die gehörige Erfüllung ihrer Aufgabe beschränkt (39), kann keine

32 vgl. dazu § 1 A IV 1., § 2, § 7, § 14 und § 22 D

33 gl.M. Thormann/Overbeck, N. 12 zu Art. 220; Hafter, S. 445; Logoz, N. 7 zu Art. 220; Cathomen, S. 90, ohne Begründung; ebenso bezüglich § 235 dtStGB: Eser, SS, N. 3 zu § 238; Vogler, LK 10.A., N. 1 zu § 238 (a.M. noch Heimann-Trosien, LK 9.A., N. 2 zu § 238); Horn, SK, N. 3 zu § 238; Dreher/Tröndle, N. 2 zu § 238; expressis verbis § 195 IV öStGB, der das Antragsrecht nur den Erziehungsberechtigten einräumt

34 BGE 80 IV 68ff. (i.S. Distel gegen Distel); aufgeführt in RS 1954 Nr. 224

35 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich; abgedruckt in Pra 55 (1966) Nr. 94, S. 329ff.; RS 1966 Nr. 198 und JT 114 (1966) IV, S. 84ff.

36 bejahend Rehberg, a.a.O., S. 251

37 Der Täter entzieht das unmündige Kind aus ihrem faktischen Einfluss- und Gewaltbereich.

38 vgl. zur Rechtsstellung der Pflege- und Stiefeltern § 1 A II 4. und 5. sowie III 2.e) und § 6 D III 3.; ebenso bezüglich § 235 dtStGB: Urteil des OLG Düsseldorf vom 29.10.1980, wiedergegeben in JR 80, S. 386ff.

39 vgl. dazu § 1 A II 4. und 5. sowie § 6 D III 3.

Antragsberechtigung abgeleitet werden. Somit steht den die Obhut ausübenden Personen keine Antragslegitimation aus eigenem Recht zu. Hingegen können sie als gewillkürte Stellvertreter im Namen des Obhutinhabers Strafantrag hinsichtlich Art. 220 StGB stellen (40).

3. Heim- und Anstaltsleiter

Wird ein unmündiges Kind, das sich aufgrund eines behördlichen Entscheids oder eines Richterspruches in einer Anstalt oder einem Heim befindet, entzogen oder vorenthalten, so steht den betreffenden Leitern oder Anstaltsvorstehern kein Antragsrecht zu. Diese sind Hilfspersonen der Vormundschaftsbehörde oder der urteilenden oder vollziehenden Behörde des Jugendstrafrechts, denen lediglich die Ausübung der Obhut übertragen wurde (41). Sie sind zwar faktisch von der tatbestandsmässigen Handlung des Art. 220 StGB betroffen, gelten aber nicht als Verletzte im Sinne von Art. 28 I StGB, da sie nicht Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts sind (42).

Auch anderen Verwaltungsbehörden, in casu eine Jugendschutzbehörde, die lediglich mit der Ausübung der unmittelbaren Pflege und Erziehung des Schutzbefohlenen betraut worden sind, fehlt die Antragslegitimation bezüglich Art. 220 StGB (43).

4. Gewillkürte Stellvertreter des Obhutinhabers

Das Strafantragsrecht als solches darf aufgrund seiner höchstpersönlichen Natur (44) nicht übertragen werden. Hingegen kann seine Ausübung delegiert werden und ist somit nach herrschender

40 vgl. nachfolgend sub III 4.

41 vgl. zur Rechtsstellung der Hilfsorgane § 1 A III 2.d) und § 6 D III 4.

42 vgl. zum Antragsrecht der Vormundschaftsbehörde und der urteilenden oder vollziehenden Behörde des Jugendstrafrechts sub § 24 B II 1., 2. und 3.

43 BGE 108 IV 22ff. (i.S. H. contre Ministère public du canton de Vaud); wiedergegeben in ZÖF 79 (1982), S. 188f.; Pra 71 (1982) Nr. 223, S. 567ff.; RS 1982 Nr. 371 und RS 1983 Nr. 477

44 BGE 108 Ia 100; ZR 78 (1979) Nr. 103, S. 237f.; Rehberg, a.a.O., S. 256f.; Hauser/Rehberg, S. 200; Schultz, AT I, S. 238; a.M. Huber, S. 16f. und 22

208 Lehre (45) und Rechtsprechung (46) der Stellvertretung zugänglich, sofern sie auf einer ausdrücklichen Ermächtigung basiert. Diese kann sogar vor der Tat erteilt werden (47).
 Fehlt die Vollmacht, so ist der vom Dritten gestellte Antrag nur gültig, sofern ihn der Antragsberechtigte binnen der von Art. 29 StGB gesetzten Frist genehmigt oder den Antragsteller zur Stellung eines Strafantrages ermächtigt (48).
 Von Bundesrechts wegen genügt ein vom Antragsberechtigten oder von dessen Vertreter mündlich und fristgemäss gestellter Antrag. Auch der vom Vertreter innert Frist erklärte Strafantrag, der auf einer mündlichen Vollmacht beruht, entspricht den bundesrechtlichen Anforderungen. Hingegen steht es den Kantonen zu, die Vertretung bei der Strafantragstellung bestimmten Formerfordernissen zu unterstellen, soweit diese die Durchsetzung des materiellen Bundesrechts nicht vereiteln (49). Zulässig ist eine kantonale Verfahrensvorschrift, welche die Gültigkeit des Strafantrages davon abhängig macht, dass sich der Vertreter des Antragstellers binnen Frist des Art. 29 StGB durch Einreichung einer schriftlichen Vollmacht legitimiert (50).

Der Obhutinhaber über das unmündige Kind ist infolgedessen befugt, einen Stellvertreter mit der Ausübung des Antragsrechts bezüglich Art. 220 StGB zu bevollmächtigen. Die Möglichkeit, den Strafantrag hinsichtlich Art. 220 StGB durch einen Vertreter erklären zu lassen, steht meines Erachtens auch dem Vormund, der Vormundschaftsbehörde und der urteilenden oder vollziehenden Behörde des Jugendstrafrechts als Träger der Obhut zu. In diesem Sinne entschied auch das Obergericht des Kantons Appenzell A.Rh. (51), das den von einer Behörde (52) gestellten Antrag nur darum als ungültig betrachtete, weil ihn die Vormundschaftsbehörde we-

- 45 Rehberg, a.a.O., S. 257ff.; Hauser/Rehberg, S. 200; Schultz, AT I, S. 238; Noll, AT I, S. 234; a.M. Huber, S. 22ff.
- 46 BGE 108 Ia 97ff.; 106 IV 244ff.; ZR 78 (1979) Nr. 103, S. 237ff.
- 47 Hauser/Rehberg, S. 200, mit Verweisungen auf BGE 86 IV 83 und 73 IV 70
- 48 BGE 106 IV 245f.; 103 IV 71; Rehberg, a.a.O., S. 258f.; Hauser/Rehberg, S. 200; Schultz, AT I, S. 238
- 49 BGE 108 Ia 97ff. und 106 IV 244ff.
- 50 BGE 108 Ia 101
- 51 Entscheid vom 20.3.1952, abgedruckt in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege (Amtsjahr 51/52) an den Kantonsrat von Appenzell A.Rh. vom Obergericht erstattet, S. 50f. und RS 1953 Nr. 82
- 52 in casu die Armenkommission

der innerhalb der dreimonatigen Antragsfrist des Art. 29 StGB genehmigt noch den Antragsteller zur Stellung eines Antrages bevollmächtigt hatte. 209

Zum gegenteiligen Schluss könnte der meiner Meinung nach zu apodiktisch formulierte Ingress zu BGE 108 IV 22f. (53) verleiten: "Allein die Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt können im Rahmen dieser Bestimmung (sc. Art. 220 StGB) Strafantrag stellen; Verwaltungsbehörden sind dazu selbst mit Ermächtigung der vormundschaftlichen Behörden nicht befugt". Vorweggenommen sei, dass aufgrund des Sachverhaltes mit dem Terminus "vormundschaftliche Behörden" nur die Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaberin ohne restliche vormundschaftliche Gewalt gemäss Art. 310 ZGB gemeint sein kann.

Gemäss Sachverhalt hatte die Jugendschutzbehörde, die von der Vormundschaftsbehörde mit der Ausübung der Obhut über die unmündigen Kinder betraut worden war, Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB gestellt, als sich der Vater weigerte, seine Kinder in das von der Jugendschutzbehörde bestimmte Heim zurückzuschicken. Ob die Vormundschaftsbehörde sie zur Stellung des Strafantrages ermächtigt oder ihr Vorgehen nachträglich binnen Frist des Art. 29 StGB genehmigt hatte, bleibt unerwähnt, muss wohl aber verneint werden.

In diesem Entscheid wirft das Bundesgericht die Kernfrage auf, ob die Vormundschaftsbehörde als Inhaberin der Obhut aufgrund Art. 310 ZGB überhaupt durch Art. 220 StGB Rechtsschutz erfahre, ohne sie befriedigend zu beantworten (54). Ungeprüft bleibt auch die Problematik, ob die Jugendschutzbehörde durch ihren Entscheid, die Kinder in ein Heim einzuweisen, nicht ihren Kompetenzbereich, der sich auf die Ausübung der Obhut beschränkt, sprengte (55).

Festzuhalten ist, dass diesem Entscheid nicht die Tragweite zukommt, der Vormundschaftsbehörde als Obhutinhaber prinzipiell die Möglichkeit, Strafantrag durch einen gewillkürten Vertreter stellen zu können, abzusprechen.

53 i.S. H. contre Ministère public du canton de Vaud; wiedergegeben in Pra 71 (1982) Nr. 223, S. 567ff.; RS 1982 Nr. 371; RS 1983 Nr. 477 sowie ZöF 79 (1982), S. 188f.

54 vgl. dazu meine Ausführungen unter § 1 A IV und B III

55 Vorbehalten bleibt die nachträgliche Genehmigung dieses Entscheides durch die Vormundschaftsbehörde als Trägerin der Obhut; vgl. zum zulässigen Umfang der Delegation der Ausübung der Obhut § 1 A I 2.-4.; § 1 A III 2.b) und c).

"Treu und Glauben und das Verbot des Rechtsmissbrauchs sind Grundsätze, welche in der gesamten Rechtsordnung Geltung haben und nicht auf das Privatrecht beschränkt sind" (56). Das Verbot des Rechtsmissbrauchs gilt daher nach herrschender Lehre und Rechtsprechung (57) auch im Strafrecht, wobei es am ehesten beim Strafantragsrecht in Betracht zu ziehen ist (58).

Gemäss Bundesgericht (59) ist die Ausübung des Antragsrechts als rechtsmissbräuchlich zu betrachten, wenn der Antragsteller durch eigenes rechtswidriges Verhalten zur strafbaren Handlung des Täters unmittelbar Anlass gegeben hat. "Offenbarer Rechtsmissbrauch darf indessen nur mit Zurückhaltung angenommen werden (BGE 95 II 512). Nur wenn der Verletzte dem Täter ein objektiv grobes Unrecht zugefügt hat und zwischen seinem rechtswidrigen Verhalten und dem vom Täter herbeigeführten strafbaren Erfolg ein enger Kausalzusammenhang besteht, rechtfertigt es sich, dem Antragsteller ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an der Verfolgung und Bestrafung des Täters abzusprechen und demzufolge den gestellten Strafantrag als ungültig zu erachten" (60). In casu bejahte das Bundesgericht die rechtsmissbräuchliche Ausübung des Antragsrechts bezüglich Art. 220 StGB. Der Antragsteller hatte das der Mutter zustehende Besuchsrecht gegenüber den gemeinsamen Kindern während verhältnismässig langer Zeit ohne

- 56 BGE 104 IV 94 (i.S. Y. gegen X.); abgedruckt in Pra 67 (1978) Nr. 224, S. 581ff.; JT 127 (1979) IV, S. 108ff.; RS 1979 Nr. 817 und ZöF 76 (1979), S. 62ff.
- 57 Noll, AT I, S. 234f.; Schultz, AT I, S. 242f.; Hauser/Rehberg, S. 200; BGE 104 IV 90ff., bestätigt in BGE 105 IV 229ff. (i.S. Y. gegen X., wiedergegeben in Pra 68 (1979) Nr. 285, S. 727ff.; JT 128 (1980) IV, S. 132 und RS 1980 Nr. 975), mit Hinweis auf BGE 90 IV 171
- 58 Vgl. auch Germann O.A., Methoden der Rechtsfindung, in: ZStrR 79 (1963), S. 397; a.M. Rehberg, a.a.O., S. 271f., nach dessen Ansicht eine solche Beschränkung des Antragsrechts dem Willen des Gesetzgebers widerspricht.
- 59 BGE 104 IV 95 und BGE 105 IV 230; ebenso: Entscheid des Kantonsgerichts Graubünden vom 19.10.1983, wiedergegeben in PKG 1983, S. 113ff. und RS 1986 Nr. 111
- 60 BGE 104 IV 95

triftigen Grund grob verletzt. Aus Furcht vor zunehmender Entfremdung zu den Kindern und infolge mangelnder behördlicher Hilfe verhalf die Mutter ihrem Recht eigenmächtig zum Durchbruch und überzog es um weitere zwei Tage (61). Das Gericht betonte, dass zwischen dem rechtswidrigen Verhalten des Vaters und der Zwangslage, in der die Mutter handelte, unzweifelhaft ein enger Kausalzusammenhang bestehe. Zudem wiege das ihr zugefügte Unrecht objektiv und subjektiv weit schwerer als ihre Tat gemäss Art. 220 StGB (62).

Als rechtsmissbräuchlich bezeichnet das Bundesgericht (63) auch das Verhalten des Antragsberechtigten, der sich vertraglich zum Rückzug des Strafantrages verpflichtet hat und dann entgegen dieser Zusage am Strafantrag festhält.

Meines Erachtens ist die vom Bundesgericht gepflegte Praxis im Bereiche der rechtsmissbräuchlichen Ausübung des Strafantrags grundsätzlich zu befürworten. Indes darf der Rückgriff auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs nur als Notbremse erfolgen und würde sich speziell im Rahmen von Art. 220 StGB oft erübrigen, falls die tatbestandsmässige Handlung eingeengt (64) und der Anwendungsbereich der Rechtfertigungsgründe (65) intensiver genutzt würde.

D. Frist und Wirkung des Strafantrages

Ein Strafantrag ist gemäss Art. 29 StGB binnen einer Frist von drei Monaten zu stellen, die mit dem Tage beginnt, an welchem dem Antragsberechtigten der Täter und die Tat bekannt werden (66). Die Frist beginnt mit der persönlichen Kenntnis des objek-

61 Vgl. die nähere Ausführung dieses Sachverhaltes unter § 21 Selbsthilfe.

62 BGE 105 IV 233f., in dem der gleiche Sachverhalt wie in BGE 104 IV 90ff. zur Beurteilung stand.

63 BGE 106 IV 174ff. (sog. venire contra factum proprium)

64 vgl. zur Tathandlung § 3, insbesondere die Ausführungen unter A III Ziff. 2: Beherbergen und Verköstigen eines wegelaufenen Kindes

65 insbesondere die Selbsthilfe; vgl. dazu die §§ 16 - 21 und 23

66 BGE 107 IV 10 mit Verweisung auf BGE 101 IV 116; Hauser/Rehberg, S. 201; Rehberg, a.a.O., S. 266; Huber, S. 25; Schultz, AT I, S. 239

212 tiven Tatbestandes (67) und aller Personen, die in massgebender Weise bei der Straftat mitgewirkt haben (68). Bekannt sind Tat und Täter nicht schon bei blossen Verdacht, sondern erst bei gewichtigen Anhaltspunkten, "die ein Vorgehen gegen den Verdächtigen als aussichtsreich erscheinen lassen und den Antragsberechtigten davor bewahren, selber wegen übler Nachrede oder gar falscher Anschuldigung verfolgt zu werden" (69). Grundsätzlich (70) läuft die Frist für jeden Antragsberechtigten ab dem Tag, an welchem er selber Kenntnis vom Täter erlangt, wobei dieser Tag bei der Berechnung der Dreimonatsfrist nicht mitzuzählen ist (71). Bei echten Unterlassungsdelikten, zu denen Art. 220 StGB zu zählen ist, sofern sich die Tathandlung auf ein Vorenthalten des unmündigen Kindes beschränkt (72), beginnt die Frist an dem Tag, an welchem der Verletzte erkennen kann, dass der Täter seine Pflicht - hinsichtlich Art. 220 StGB: die Rückgabe des Kindes - nicht rechtzeitig erfüllt hat (73). Die Frist des Art. 29 StGB ist gewahrt, wenn der Antrag am letzten Tag der Frist der Schweizer Post übergeben wird (74). Die Antragsfrist kann grundsätzlich weder unterbrochen, gehemmt, verlängert noch wiederhergestellt werden (75). Hingegen besteht die Möglichkeit, Strafantrag zu stellen, bevor die Antragsfrist zu laufen beginnt, d.h. gegen unbekannte Täterschaft (76).

- 67 BGE 80 IV 3; kritisiert von einem massgebenden Teil der Lehre, die zumindest bei vorsätzlichen Delikten auch das Wissen um den subjektiven Tatbestand fordert; vgl. Rehberg, a.a.O., S. 266f.; Schultz, AT I, S. 239; Noll, AT I, S. 235.
- 68 Rehberg, a.a.O., S. 269; vgl. auch Huber, S. 26f.
- 69 Rehberg, a.a.O., S. 268; ebenso: Hauser/Rehberg, S. 201, mit entsprechenden Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis; Noll, AT I, S. 235; Huber, S. 26; Schultz, AT I, S. 239
- 70 vgl. zu den Ausnahmen, insbesondere bei Uebergang der Antragsberechtigung auf die Angehörigen gemäss Art. 28 IV StGB, Rehberg, a.a.O., S. 269f. und Huber, S. 28f.
- 71 BGE 103 IV 132; 97 IV 239; a.M. Huber, S. 29
- 72 vgl. zur Tathandlung § 3 B
- 73 BGE 107 IV 9ff.
- 74 BGE 81 IV 322; Ist dieser Tag ein Samstag oder Sonn- resp. Feiertag, so verlängert sich die Frist gemäss dem BG über den Fristenlauf an Samstagen vom 21.6.1963 bis zum nachfolgenden Werktag.
- 75 Rehberg, a.a.O., S. 270; vgl. auch Huber, S. 30ff.
- 76 Huber, S. 26 und 40ff.; Rehberg, a.a.O., S. 265; Schultz, AT I, S. 240

Wurde ein den gesetzlichen Anforderungen entsprechender Antrag gestellt, so sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, das Verfahren in bezug auf die betreffende Tat und infolge des in Art. 30 StGB statuierten Grundsatzes der Unteilbarkeit des Antrages gegen alle an ihr Beteiligten zu eröffnen und – spätere Rücknahme des Antrages vorbehalten (77) – bis zum Entscheid über die Schuldfrage weiterzuführen (78).

Einzelne Strafprozessordnungen ermächtigen die zuständige Behörde, bereits vor der Stellung eines Strafantrages Verfolgungshandlungen vorzunehmen; insbesondere sichernde Massnahmen zu treffen (79). Speziell bei Fällen, in denen der Verdacht besteht, dass das entzogene unmündige Kind ins Ausland gebracht werden soll, muss vermehrt von dem durch kantonale Strafprozessordnungen eingeräumten behördlichen Handlungsspielraum Gebrauch gemacht werden, um jede Chance zu wahren, den Täter und das Kind in der Schweiz festzuhalten. Gelingt dem Täter nämlich die Flucht mit dem Kind ins Ausland, stellen sich enorm grosse praktische und rechtliche Probleme, dem Obhutberechtigten das Unmündige wieder zuzuführen (80).

E. Adressat des Strafantrages

Wer für die Entgegennahme des Strafantrages örtlich und sachlich zuständig ist, bestimmt das kantonale Recht des zur Verfolgung zuständigen Kantons (81). Von Bundesrechts wegen genügt es hingegen, wenn der Verletzte am Begehungsort im Sinne des Art. 346 I StGB frist- und formgerecht Antrag stellt: er hat sich nämlich nicht darum zu kümmern, ob die zuständige Behörde des Begehungsortes dann auch das Verfahren führt (82). Es darf vom Verletzten nicht verlangt werden, dass er der Eventualität Rechnung trägt, dass einem anderen Kanton – insbesondere aufgrund Art. 350 StGB – die Verfolgung obliegt und sich den entsprechenden kantonalen Verfahrensvorschriften unterwirft. Nimmt er sich

77 Vgl. zum Rückzug des Strafantrages: Rehberg, a.a.O., S. 278ff.; Huber, S. 55ff.; Hauser/Rehberg, S. 202f.; Schultz, AT I, S. 243f.

78 Rehberg, a.a.O., S. 274f.

79 Beispielsweise § 24 II StPO des Kantons Zürich; näheres bei: Rehberg, a.a.O., S. 274f. und Schultz, AT I, S. 241f.

80 vgl. dazu § 32 und den 4. Teil: E

81 Rehberg, a.a.O., S. 265

82 BGE 108 IV 171; Schultz, AT I, S. 240f.; Hauser/Rehberg, S. 202

214 aber die Mühe, die nach Art. 350 StGB zuständige Behörde ausfindig zu machen, so ist der dort gestellte Strafantrag gültig, sofern er den Formerfordernissen des betreffenden kantonalen Rechts genügt (83).

Im Kanton Zürich fehlen ausdrückliche Vorschriften über die äussere Form (84) und die örtliche und sachliche Zuständigkeit zur Entgegennahme von Strafanträgen. Diesbezüglich ist die entsprechende Bestimmung über Strafanzeigen in § 20 StPO analog anzuwenden (85). "Strafanträge können demnach bei der Staatsanwaltschaft, einer Bezirksanwaltschaft, einer Jugendanwaltschaft, einem Gemeindeammannamt sowie bei allen Beamten und Angestellten der Kantons- und Gemeindepolizei gestellt werden, und zwar ohne Rücksicht auf die innerkantonale örtliche und funktionelle Zuständigkeit dieser Instanzen zur Verfolgung des betreffenden Delikts" (86).

F. Rechtsvergleich

Wie bereits erwähnt, sind auch die dem Art. 220 StGB entsprechenden Tatbestände des deutschen (§ 235) und österreichischen (§ 195) Strafgesetzbuches als Antragsdelikte ausgestaltet. Hingegen besteht hinsichtlich dieser Delikte ein Verfolgungshindernis (87). resp. Strafaufhebungsgrund (88). Heiratet ein an der Tat Beteiligter (89) die minderjährige Person, so dürfen weder der Ehegatte noch die übrigen Teilnehmer (90) verfolgt,

83 BGE 108 IV 172

84 Daher genügt eine mündliche Erklärung; vgl. Rehberg, a.a.O., S. 265; Huber, S. 48.

85 Rehberg, a.a.O., S. 265; Huber, S. 46

86 Rehberg, a.a.O., S. 265f.

87 § 238 dtStGB

88 § 195 IV öStGB; im Sinne eines auflösend bedingten Strafaufhebungsgrundes und nicht eines Verfolgungshindernisses; vgl. dazu: Pallin, N. 12 zu § 195

89 Täter, Mittäter, Gehilfe oder Anstifter

90 § 195 IV öStGB erwähnt zwar nur die Straflosigkeit des Täters, der Strafaufhebungsgrund wirkt aber zugunsten aller Beteiligten; vgl. dazu: Pallin, N. 12 zu § 195.

resp. bestraft werden. Wird die Ehe für nichtig erklärt oder aufgehoben (91), so kann die Tat wieder verfolgt, resp. der Täter und die Teilnehmer bestraft werden, sofern die Antragsfrist nicht bereits vor Eingehung der Ehe abgelaufen ist. Der Lauf der Antragsfrist wird durch den Bestand der Ehe gehemmt (92).

- 91 nicht hingegen, wenn sie geschieden worden ist; vgl. dazu: Horn, SK, N. 5 zu § 238; Eser, SS, N. 8 zu § 238; Vogler, LK 10.A., N. 2 zu § 238; Dreher/Tröndle, N. 3 zu § 238; ebenso bezüglich § 195 öStGB: Pallin, N. 12 zu § 195
- 92 vgl. Näheres bei: Horn, SK, N. 5 zu § 238; Eser, SS, N. 8 zu § 238; Vogler, LK 10.A., N. 3 zu § 238; Dreher/Tröndle, N. 2f. zu § 238; Pallin, N. 12 zu § 195; Mayerhofer/Rieder, FN. 6 zu § 195

A. Verfolgungsverjährung**I. Frist (Art. 70 StGB)**

Ueber die Rechtsnatur der Verfolgungsverjährung sind sich die Lehre und Rechtsprechung uneinig. Teils wird dieses Institut als negative Prozessvoraussetzung (93), teils als materieller Strafaufhebungsgrund (94) angesehen, wobei dieser verschiedenen Zuordnung kaum eine praktische Bedeutung zukommt (95). Das Bundesgericht betrachtete die Verfolgungsverjährung vorerst als Prozesshindernis (96), liess die Frage dann aber in BGE 105 IV 9 offen.

Zusätzlich gilt, wenn der Eintritt der Verfolgungsverjährung nahe bevorsteht, der Zeitablauf als Strafmilderungsgrund gemäss Art. 64 zweitletzter Absatz StGB (97).

Massgebend für die Dauer der Verfolgungsverjährung ist die abstrakte Strafandrohung für das jeweilige Delikt (98). Da Art. 220 StGB ein Vergehen darstellt (Art. 9 II StGB), beträgt die Verfolgungsverjährungsfrist gemäss Art. 70 III StGB fünf Jahre.

II. Fristbeginn (Art. 71 StGB)

Grundsätzlich beginnt der Lauf der Frist an dem Tag, an dem der Täter die strafbare Tätigkeit ausführt (Art. 71 I StGB). Abgestellt wird auf den Zeitpunkt der strafbaren Handlung und nicht auf den Eintritt eines allenfalls zur Vollendung des Deliktes erforderlichen tatbestandsmässigen Erfolges oder die Verwirklichung einer notwendigen objektiven Strafbarkeitsbedingung (99).

93 so Noll, AT I, S. 237

94 so Schultz, AT I, S. 247 und 251; vgl. auch Stratenwerth, AT I, S. 126f.

95 vgl. Hauser/Rehberg, S. 205f.

96 BGE 76 IV 127

97 Näheres bei Schultz, AT I, S. 246f., mit Hinweisen auf die Bundesgerichtspraxis

98 BGE 108 IV 42f. mit Verweisung auf die ständige Rechtsprechung; hingegen sind die Strafschärfungs- und Milderungsgründe des besonderen Teils des StGB bei Feststellung des angedrohten Höchststrafmasses dann zu berücksichtigen, wenn sie auf objektiven Kriterien beruhen (BGE 108 IV 46f.).

99 Hauser/Rehberg, S. 206, mit Verweisungen auf die entsprechenden Bundesgerichtsentscheide; Noll, AT I, S. 238; Schultz, AT I, S. 248

Für Dauerdelikte legt Art. 71 III StGB den Beginn der Frist auf den Tag fest, an dem das strafbare Verhalten aufhört.

217

Die tatbestandsmässigen Handlungen des Art. 220 StGB sind Dauerdelikte (100), weshalb die Verfolgungsverjährungsfrist erst beginnt, wenn der rechtmässige Zustand wiederhergestellt ist, d.h. der Obhutinhaber sein Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind wieder ausüben kann.

Dieser Berechnungszeitpunkt muss auch gelten, wenn das unmündige Kind dem Obhutinhaber vorenthalten wird. Grundsätzlich beginnt die Verfolgungsverjährungsfrist von Unterlassungsdelikten mit dem Tag, an welchem oder bis zu welchem der Täter hätte handeln sollen (101). Weist die Tathandlung hingegen eine Doppelnatur - Dauer- und Unterlassungsdelikt (102) - auf, muss meines Erachtens auf den späteren Zeitpunkt des Fristenbeginns abgestellt werden.

Wirken an der Tat mehrere Personen als Mittäter oder Teilnehmer im engeren Sinne mit, ohne dass ihre Tatbeiträge gleichzeitig erbracht werden, beginnt die Verfolgungsverjährungsfrist an dem Tag, an welchem einer der Beteiligten den letzten tatbestandsmässigen Teilakt setzt (103). Wiederum ist nach meinem Dafürhalten dieser Beginn der Verfolgungsverjährungsfrist bei Mitwirkung mehrerer Personen am "Vorenthalten" oder "Entziehen" eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB unwesentlich, da bei Dauerdelikten der spätere Fristbeginn zu berücksichtigen ist.

Gemäss Rechtsprechung wird bei der Berechnung der Frist der Tag, an dem sie beginnt, nicht mitgezählt (104).

100 vgl. dazu § 3

101 BGE 107 IV 10; Entscheid des Kassationshofes des Bundesgerichts vom 26.5.1983, wiedergegeben in RS 1984 Nr. 685; Hauser/Rehberg, S. 207; Schultz, AT I, S. 248; Noll, AT I, S. 238

102 Vgl. zur tatbestandsmässigen Handlung des Vorenthalteins des unmündigen Kindes als Dauer- und Unterlassungsdelikt § 3 B. Hauser/Rehberg, S. 207, mit Hinweis auf BGE 102 IV 80; vgl. 103 auch Schultz, AT I, S. 249, der diesen Grundsatz nur auf die Mittäter, nicht aber die Teilnehmer i.e.S., anwenden will.

104 BGE 107 Ib 75; Hauser/Rehberg, S. 207; Noll, AT I, S. 238; Schultz, AT I, S. 249

218 Bezüglich Art. 220 StGB ist noch hinzuzufügen, dass die Verfolgungsverjährungsfrist in dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in welchem dem Obhutinhaber das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind wieder eingeräumt wird, unabhängig davon, ob er bereits einen Strafantrag gestellt hat (105).

III. Ruhen und Unterbrechung (Art. 72 StGB)

1. Ruhen

Ruht die Verfolgungsverjährung, so wird der betreffende Zeitraum bei der Berechnung des Ablaufs sowohl der relativen wie auch der absoluten Verjährungsfrist nicht berücksichtigt (106).

Von Gesetzes wegen (Art. 72 Ziff. 1 StGB) ruht die Verfolgungsverjährung, solange der Täter im Ausland eine Freiheitsstrafe verbüsst. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ruht sie noch in zwei weiteren Fällen: wenn eine Gesetzesbestimmung ausdrücklich ausschliesst, den Strafprozess weiterzuführen (107) und bei Guttheissung einer eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde während dem Zeitraum zwischen der kantonalen Verurteilung und der Eröffnung des Bundesgerichtsentscheids (108).

2. Unterbrechung

Wird die Verfolgungsverjährung unterbrochen, so beginnt deren Frist neu zu laufen (Art. 72 Ziff. 2 II StGB). Die Möglichkeit der Unterbrechung wird hingegen durch die absolute Verjährungsfrist begrenzt, die für Art. 220 StGB 7 1/2 Jahre beträgt (109).

- 105 Der Fristenlauf wird unabhängig von der Stellung eines Strafantrages ausgelöst; vgl. Hauser/Rehberg, S. 206, mit Verweisung auf BGE 69 IV 74; Huber, S. 94; Schultz, AT I, S. 248.
- 106 Hauser/Rehberg, S. 207, mit Hinweis auf BGE 100 Ib 274; Schultz, AT I, S. 249
- 107 BGE 90 IV 63; vgl. auch Hauser/Rehberg, S. 207; Noll, AT I, S. 238; kritisch gegen diese Rechtsfindung praeter legem: Schultz, AT I, S. 250
- 108 BGE 111 IV 90f.; BGE 105 IV 98f. mit Verweisungen auf frühere Urteile; vgl. auch Schultz, AT I, S. 249f.; Hauser/Rehberg, S. 207 und Noll, AT I, S. 239
- 109 Art. 72 Ziff. 2 II in Verbindung mit Art. 70 III StGB

Die Verjährung wird unterbrochen durch jede Untersuchungshandlung einer Strafverfolgungsbehörde oder Verfügung des Gerichts gegenüber dem Täter, namentlich durch Vorladungen, Einvernahmen, durch Erlass von Haft- oder Hausdurchsuchungsbefehlen sowie Anordnung von Gutachten, ferner durch jede Ergreifung von Rechtsmitteln gegen einen Entscheid (Art. 72 Ziff. 2 I StGB). Da dieser Artikel keine abschliessende Regelung trifft, unterbricht jede prozessuale Handlung, die den Prozess fördert und nach aussen in Erscheinung tritt, die Verfolgungsverjährung (110).

IV. Ende der Verfolgungsverjährung

Die Verfolgung der Straftaten gemäss Art. 220 StGB wird verhindert nach Ablauf von fünf Jahren, wenn diese Frist nicht durch Ruhen oder Unterbrechung verlängert wurde, spätestens aber nach 7 1/2 Jahren.

Zudem endet die Verfolgungsverjährung mit der formell rechtskräftigen Beurteilung dieser Straftat (111), unabhängig davon, ob das kantonale Urteil auch vollstreckbar ist (112). Selbst wenn dagegen noch eine Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichtes - vorbehalten bleibt die Einlegung durch den öffentlichen oder privaten Ankläger - oder die staatsrechtliche Beschwerde ergriffen werden kann, findet die Verfolgungsverjährung ihr Ende (113). Nur wenn der Kassationshof infolgedessen den angefochtenen kantonalen Entscheid aufhebt und "die Sache zur Fortsetzung der Strafverfolgung an das kantonale Gericht zurückweist, beginnt die Verfolgungsverjährung wieder und läuft der noch nicht abgelaufene Teil derselben von der Eröffnung des bundesgerichtlichen Urteils an weiter" (114).

Massgebend für den Zeitpunkt der Beendigung der Verfolgungsverjährung ist die Ausfällung, nicht jener der Eröffnung des formell rechtskräftigen Urteils (115).

110 BGE 90 IV 63; vgl. die aufgeführten Beispiele aus der Bundesgerichtspraxis bei: Hauser/Rehberg, S. 208 und Schultz, AT I, S. 250

111 Das kantonale Urteil erwächst in formelle Rechtskraft, wenn es nur noch mit ausserordentlichen kantonalen Rechtsmitteln angefochten werden kann.

112 BGE 111 IV 91

113 BGE 111 IV 90; vgl. auch Hauser/Rehberg, S. 209; Schultz, AT I, S. 251; analoge kt. Praxis des Zürcher Obergerichts (ZR 77 (1978) Nr. 63, S. 166f.

114 BGE 111 IV 90f. mit Verweisung auf BGE 92 IV 173; vgl. auch Hauser/Rehberg, S. 209 und Schultz, AT I, S. 251

115 Hauser/Rehberg, S. 209, mit Hinweis auf BGE 92 IV 172

I. Frist (Art. 73 StGB)

Tritt die Vollstreckungsverjährung (116) ein, so darf die im Urteil ausgefallte Strafe nicht mehr vollzogen werden (117). Wird der aufgrund Art. 220 StGB verurteilte Täter mit einer Gefängnisstrafe über einem Jahr bestraft, so beträgt die Vollstreckungsverjährungsfrist zehn Jahre (Art. 73 Ziff. 1 StGB). Wird er zu einer Busse oder zu einer Gefängnisstrafe unter einem Jahr verurteilt, verjähren diese Strafen nach fünf Jahren (Art. 73 Ziff. 1 StGB). Auch wenn die Busse zusammen mit einer Freiheitsstrafe (aufgrund Art. 50 II StGB) ausgesprochen wurde, gilt sie nicht als Nebenstrafe und unterliegt einer Vollstreckungsverjährung von fünf Jahren (118). Sollte der Richter aufgrund Art. 39 Ziff. II StGB eine Haftstrafe ausfällen, beträgt die Frist wiederum fünf Jahre (Art. 73 Ziff. 1 StGB).

Wird die Freiheitsstrafe mit bedingtem Vollzug gewährt, so darf der Vollzug der aufgeschobenen Strafe nicht mehr angeordnet werden, wenn seit Ablauf der Probezeit fünf Jahre verstrichen sind (Art. 41 Ziff. 3 V StGB).

II. Fristbeginn (Art. 74 StGB)

Die Vollstreckungsverjährungsfrist beginnt mit dem Tag, an dem das Urteil rechtlich vollstreckbar wird (Art. 74 StGB), wobei sich dieser Zeitpunkt nach kantonalem Recht bestimmt und nicht notwendigerweise mit dem Ende der Verfolgungsverjährung zusammenzufallen braucht (119). Die eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde hindert die Vollstreckbarkeit des letztinstanzlichen kantonalen Urteils nicht (120).

Wird eine Busse nachträglich nach Massgabe des Art. 49 Ziff. 3 StGB in Haft umgewandelt, beginnt die Vollstreckungsverjährung mit dem ursprünglichen Bussenurteil (121).

116 Gemäss Hauser/Rehberg, S. 209, und Schultz, AT I, S. 247 bildet sie einen Strafaufhebungsgrund, Noll, AT I, S. 237, dagegen betrachtet sie als Prozesshindernis.

117 Vorbehalten bleiben die in Art. 75bis StGB genannten unverjährbaren Delikte.

118 BGE 86 IV 231

119 Hauser/Rehberg, S. 210, mit Verweisung auf BGE 105 IV 310; vgl. auch Schultz, AT I, S. 252

120 Sie wird vielmehr von Art. 272 VII BStP vorausgesetzt.

121 BGE 105 IV 16

Wurde die Strafe bedingt vollziehbar erklärt, beginnt die Vollstreckungsverjährung an dem Tag, an dem der Vollzug der Strafe angeordnet wird (Art. 74 StGB).

Wiederum ist der Tag des Fristbeginns nicht mitzuzählen (122).

III. Ruhen und Unterbrechung (Art. 75 StGB)

1. Ruhen

Die Verjährung einer Freiheitsstrafe ruht während des ununterbrochenen Vollzugs dieser oder einer andern Freiheitsstrafe oder sichernden Massnahme, die unmittelbar vorausgehend vollzogen wird, und während der Probezeit bei bedingter Entlassung (Art. 75 Ziff. 1 StGB).

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ruht die Verjährung auch dann, wenn der eidgenössischen Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof Suspensivwirkung gemäss Art. 272 VII BStP zuerkannt wird bis zur Ausfällung des bundesgerichtlichen Urteils (123).

2. Unterbrechung

Die Verjährung wird unterbrochen durch den Vollzug und durch jede auf Vollstreckung der Strafe gerichtete Handlung der Behörde, der die Vollstreckung obliegt (Art. 75 Ziff. 2 I StGB) (124).

Wird die Verjährung unterbrochen, so beginnt die Frist neu zu laufen (Art. 75 Ziff. 2 II StGB). Die Unterbrechungsmöglichkeit wird durch die absolute Vollstreckungsverjährungsfrist limitiert, die das Eineinhalbfache der relativen Vollstreckungsverjährungsfrist (125) beträgt (Art. 75 Ziff. 2 II StGB).

Hingegen steht diese absolute Frist ebenfalls still, wenn die in Art. 73 Ziff. 1 StGB vorgesehenen Fristen ruhen (126).

Die Vollstreckungsverjährungsfrist wird gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf mit dem Vollzug begonnen wird (127).

122 BGE 107 Ib 75; BGE 97 IV 238

123 BGE 92 IV 173

124 Gefordert wird wiederum eine Handlung, die gegen aussen in Erscheinung tritt (vgl. dazu: Hauser/Rehberg, S. 211 und Schultz, AT I, S. 253 und die dort aufgeführten Beispiele).

125 vgl. dazu Abschnitt B I dieses Paragraphen

126 BGE 100 Ib 274ff.; a.M. Noll, AT I, S. 240

127 Hauser/Rehberg, S. 211

Die Art. 3ff. StGB legen den räumlichen Geltungsbereich des schweizerischen Strafrechts fest. Ist die schweizerische Gerichtsbarkeit gegeben, so bestimmt sich - nach dem Grundsatz des Gleichlaufs von ius und forum - der schweizerische Gerichtsstand gemäss den Art. 346ff. StGB (128). Diese Artikel finden dementsprechend nur Anwendung, wenn die schweizerische Gerichtsbarkeit bejaht wird (129).

A. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund von Art. 3 in Verbindung mit Art. 7 StGB

I. Entziehen

Das strafbare Entziehen gemäss Art. 220 StGB stellt ein schlichtes Tätigkeits- und ein Dauerdelikt dar (130).

Art. 3 Ziff. 1 I StGB unterwirft alle Personen, die in der Schweiz ein Verbrechen oder Vergehen verüben, dem schweizerischen Strafrecht (sog. Territorialprinzip). Art. 7 StGB definiert den Begehungsort einerseits als den Ort, wo der Täter das Verbrechen oder Vergehen ausübt, anderseits, wo der Erfolg eingetreten ist (Ubiquitätstheorie).

Ausführen bedeutet das Verwirklichen einzelner Tatbestandselemente (131). Bis 1979 verstand das Bundesgericht unter Erfolg im Sinne des Art. 7 StGB den Schaden, um dessentwillen die Handlung unter Strafe gestellt wird (132). Aufgrund dieser Begriffsauslegung konnten auch schlichte Tätigkeitsdelikte einen solchen Erfolg bewirken. Die schweizerische Gerichtsbarkeit war gegeben, sobald die deliktische Tätigkeit einen Schaden in der Schweiz verursachte.

128 BGE 82 IV 69; Schultz, AT I, S. 102; Noll, AT I, S. 46; Stratenwerth, AT I, 94

129 BGE 108 IV 146 beseitigt allenfalls bestehende Unklarheiten hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Gerichtsbarkeit und Gerichtsstandsnormen.

130 vgl. dazu § 3 A

131 Schultz, AT I, S. 103

132 BGE 87 IV 153f.; BGE 91 IV 232 (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); BGE 97 IV 205ff.

Erst im Entscheid 105 IV 326ff. änderte das Bundesgericht seine viel kritisierte Praxis (133). Es verwendet nunmehr den Begriff "Erfolg" im technischen Sinn, nämlich als Tatbestandselement der Erfolgsdelikte (134).

Schlichte Tätigkeitsdelikte, wie sie das Entziehen oder Vorenthalten eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB darstellen, können daher aufgrund dieser Praxisänderung keinen Erfolgsort im Sinne des Art. 7 StGB begründen.

1. Entziehen des unmündigen Kindes von der Schweiz ins Ausland

Bringt der Täter das Kind vom schweizerischen - sei es auch nur dessen gewöhnlicher - Aufenthaltsort weg und führt es ins Ausland, so unterliegt er dem schweizerischen Strafrecht. Er führt nicht nur einzelne Tatbestandsmerkmale in der Schweiz aus, sondern vollendet Art. 220 StGB auch hier (135).

2. Entziehen des unmündigen Kindes aus dem Ausland in die Schweiz

Führt der Täter das unmündige Kind aus dem Ausland in die Schweiz, untersteht auch er dem schweizerischen ius puniendi. Er hat zwar die Tat im Ausland ausgeführt und vollendet, aber Art. 220 StGB beschreibt ein Dauerdelikt, das erst beendet ist, wenn der rechtmässige Zustand wiederhergestellt ist; in casu, wenn dem Obhutinhaber das Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind wieder eingeräumt wird (136). Die strafbare Tätigkeit hält somit auch in der Schweiz an, indem der Täter den (erneuten) Zugang des Obhutinhabers zum Schutzbefohlenen verhindert. Der Täter wird dem schweizerischen Strafrecht unterworfen, auch wenn er nur eine Teilhandlung eines einheitlichen Tatbeitrages, erfolge diese auch erst nach der Vollendung vor der Beendigung des entsprechenden Delikts (137), in der Schweiz ausführt (138). Dies gilt auch, wenn sich ein ausländischer Staat

133 insbesondere von Schultz in: ZBJV 99 (1963), S. 42ff.; ZBJV 102 (1966), S. 331ff.; ZBJV 108 (1972), S. 336f.; ZBJV 112 (1976), S. 424f.

134 bestätigt in BGE 109 IV 1ff.

135 vgl. dazu § 3 A

136 vgl. dazu § 3 A

137 BGE 107 IV 2; BGE 99 IV 121

138 BGE 111 IV 3; BGE 109 IV 146

224 wegen des auf seinem Gebiet begangenen Tatanteils ebenfalls nach Territorialitätsprinzip als zur Strafverfolgung zuständig erachtet (139). Das Völkerrecht kennt keinen Grundsatz, der die Kumulation der strafrechtlichen Zuständigkeit zweier Staaten verbieten würde (140).

Das Bundesgericht hingegen begründete, als es einen derartigen Sachverhalt zu beurteilen hatte, die schweizerische Gerichtsbarkeit dadurch, dass es auf den Erfolg im Sinne des Art. 7 StGB abstellte (141). Der Erfolg der Tat sei auf alle Fälle in der Schweiz eingetreten, nämlich in dem Kanton, in den die Kinder verbracht worden seien und in dem der Täter sie verwahre (142). Im Lichte der oben aufgeführten Praxisänderung (143) hat diese Argumentation keinen Bestand mehr.

Den bundesgerichtlichen Erwägungen ist aber in einem zweiten Punkt zuzustimmen. Die Anwendung schweizerischen Rechts ergibt sich noch aus einem zweiten Anknüpfungselement. Weil dem Entziehen der Kinder regelmässig die Tathandlung des Vorenthalteins folgt, liegt der Begehungsort der Tat gemäss Art. 3 Ziff. 1 I in Verbindung mit Art. 7 I StGB in der Schweiz, denn die vorgeworfene Unterlassung ist überall dort ausgeführt, wo der Täter hätte handeln müssen (144).

II. Vorenthalten

Das strafbare Vorenthalten im Sinne des Art. 220 StGB umschreibt ein schlichtes Tätigkeits-, Unterlassungs- und Dauerdelikt (145).

Als Ort der Begehung gemäss Art. 3 Ziff. 1 I StGB in Verbindung mit Art. 7 I StGB gilt bei Unterlassungsdelikten jeder Ort, wo der Täter hätte handeln müssen (146).

139 BGE 111 IV 3

140 BGE 105 IV 227; hingegen versuchen die nationalen Strafgesetze eine ungerechte Häufung von Strafen durch das Anrechnungs- oder Erledigungsprinzip zu vermeiden.

141 BGE 92 IV 156ff. (i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kantons Appenzell-I.Rh) (wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 156, S. 547ff. und RS 1967 Nr. 58)

142 BGE 92 IV 158

143 vgl. sub § 26 A I

144 BGE 92 IV 159; vgl. dazu auch § 26 A II

145 vgl. dazu § 3 B

146 BGE 105 IV 329f.; BGE 99 IV 181f.; Stratenwerth, AT I, S. 89; Hauser/Rehberg, S. 45; Noll, AT I, S. 45; Schultz, AT I, S. 127

Ausgangsbasis der Erörterungen bildet folgender Sachverhalt: Der Täter nimmt das Kind berechtigterweise - beispielsweise in Ausübung seines Besuchsrechts und ohne gegen die entsprechenden Anordnungen zu verstossen - vom Ausland in die Schweiz mit, weigert sich aber daraufhin, das Kind dem Obhutinhaber mit ausländischem Wohnsitz oder Aufenthaltsort herauszugeben. Der Täter unterliegt der schweizerischen Gerichtsbarkeit, da er in der Schweiz hätte handeln müssen: hier hätte er der Aufforderung, die Kinder herauszugeben, nachkommen müssen (147).

Bei Unterlassungsdelikten gilt als Begehungsort regelmässig der Ort, wo sich der Täter zur Zeit, da er die Leistung hätte erbringen müssen, aufhält (148).

2. Das unmündige Kind wird dem Obhutinhaber im Ausland vorenthalten

Den Ausführungen ist der Sachverhalt von Ziff. 1 zugrunde zu legen, wobei sich der Täter aber weigert, das Kind dem Obhutinhaber mit schweizerischem Wohnsitz oder Aufenthaltsort herauszugeben.

Es gilt zu prüfen, ob der Täter, obwohl er sich im Ausland aufhält, vom schweizerischen Strafrecht erfasst werden kann. Als Begehungsort dieses Unterlassungsdeliktes gilt ja grundsätzlich der Ort, wo der Täter hätte handeln sollen. Die Handlungspflicht obliegt ihm grundsätzlich an seinem Aufenthaltsort im Ausland. Keine rechtlichen Probleme würden sich bei Geldschulden ergeben, die als Bringschulden am Wohnsitz des Gläubigers zu erbringen sind. Hat dieser Wohnsitz in der Schweiz, untersteht der Täter trotz ausländischem Aufenthaltsort der schweizerischen Gerichtsbarkeit.

In unserem Fall stellt sich die Frage, ob der Täter verpflichtet ist, die Kinder in die Schweiz zu bringen und für ihn somit eine Handlungspflicht in der Schweiz besteht, die deren Gerichtsbarkeit gemäss Art. 3 Ziff. 1 I in Verbindung mit Art. 7 I StGB begründet.

147 Vgl. die entsprechenden Ueberlegungen in BGE 92 IV 159.
148 BGE 99 IV 182

226 Meines Erachtens hat der Täter die Kinder in die Schweiz zu bringen. Er kommt seiner Pflicht nicht nach, wenn er einzig zulässt, dass sie vom Berechtigten im Ausland abgeholt werden. Für den Erfüllungsort Schweiz spricht, nebst faktischen und grundsätzlichen rechtlichen Gründen (149), dass die Handlungspflicht, die häufig durch einen vom Richter erlassenen Herausgabebefehl bestätigt worden ist, durch schweizerisches Zivilrecht begründet worden ist und die zu erbringende Leistung einer in der Schweiz lebenden Person zukommen soll. Der Täter verletzt die Pflicht, die Kinder dem sich in der Schweiz aufhaltenden Berechtigten wiederzubringen, und untersteht somit der schweizerischen Strafhoheit, da er in der Schweiz hätte handeln müssen (150). Rechtlich völlig unproblematisch ist der Sachverhalt dann, wenn der richterliche Herausgabebefehl den Täter ausdrücklich anweist, die Kinder in die Schweiz zu bringen. Als das Bundesgericht einen derartigen Fall zu beurteilen hatte, stützte es sich noch auf die damals herrschende Auslegung des Erfolgsbegriffes im untechnischen Sinne (151), um auf den Täter gemäss Art. 3 Ziff. 1 I in Verbindung mit Art. 7 I StGB das schweizerische Strafrecht anwenden zu können (152). In BGE 101 IV 303ff. (i.S. B. contre C.) (153) verlor das Bundesgericht kein Wort darüber, ob überhaupt schweizerisches Recht zur Anwendung komme, obwohl sich nach dem Sachverhalt diese Frage aufdrängt: Das unmündige Kind war aus eigenem Willen zu der in Frankreich wohnenden Grossmutter mit französischer Staatsangehörigkeit gereist; diese weigerte sich in der Folge, das Kind

149 Grundsätzlich hat der Störer den rechtmässigen Zustand wiederherzustellen; zudem ist es unverantwortlich, Kinder, insbesondere Kleinkinder, ohne Begleitung reisen zu lassen und stossend, dass dem Obhutberechtigten die Reisestrapazen und Reisekosten auferlegt werden, um die vorenthaltenen Kinder wieder in Empfang nehmen zu dürfen. Selbstverständlich wird er dies und noch viel mehr gerne in Kauf nehmen, um seine Kinder wieder bei sich zu haben. Es geht hier jedoch um juristische Erwägungen.

150 gl.M. Schultz in: ZBJV 102 (1966), S. 333

151 vgl. unter § 26 A I

152 BGE 91 IV 228ff. (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich) (wiedergegeben in Pra 55 (1966) Nr. 60, S. 216ff.; JT 114 (1966) IV, S. 36ff. und RS 1966 Nr. 65)

153 abgedruckt in ZÖF 73 (1976), S. 75f.; JT 124 (1976) IV, S. 157f.; Sem. 98 (1976), S. 561ff. und RS 1977 Nr. 280

gegen dessen Willen der Mutter zurückzubringen (154).

Meines Erachtens untersteht die Grossmutter, die das Kind der obhutberechtigten Mutter vorenthielt, aus den oben aufgeführten Gründen der schweizerischen Gerichtsbarkeit (155).

Die Problematik der schweizerischen Gerichtsbarkeit beim Vorenthalten eines unmündigen Kindes wird faktisch oft entschärft. Regelmässig geht dem strafbaren Vorenthalten ein strafbares Entziehen des Kindes voraus, welches das Folgeverhalten in Form des Vorenthalteins konsumiert (156). Beispielsweise dann, wenn der an und für sich Besuchsberechtigte das Kind in Missachtung der angeordneten Besuchsregelung mit ins Ausland nimmt (157). Die Gerichtsbarkeit bestimmt sich dann nach dem Begehungsort der Entziehung des unmündigen Kindes (158).

III. Gerichtsstand gemäss Art. 346 StGB

Findet das schweizerische Strafrecht gemäss Art. 3 in Verbindung mit Art. 7 StGB Anwendung auf den Täter, so bestimmt sich die interkantonale örtliche Zuständigkeit aufgrund Art. 346, allenfalls nach Art. 350 StGB.

Für die Verfolgung und Beurteilung einer strafbaren Handlung sind die Behörden des Ortes zuständig, wo die strafbare Handlung ausgeführt wurde. Liegt nur der Ort, wo der Erfolg eingetreten ist oder eintreten sollte, in der Schweiz, so sind die Behörden dieses Ortes zuständig (Art. 346 I StGB).

Ist die strafbare Handlung an mehreren Orten ausgeführt worden, oder ist der Erfolg an mehreren Orten eingetreten, so sind die Behörden des Ortes zuständig, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde (Art. 346 II StGB).

Für die Auslegung der Begriffe "Ausführen" und "Erfolg" kann auf die Erläuterungen unter § 26 A I und II verwiesen werden. Nach der Praxis ist die Untersuchung angehoben, wenn eine Straf-, Untersuchungs- oder Polizeibehörde durch die Vornahme

154 Kritisch gegenüber dem Schweigen des Bundesgerichts auch Schultz in: ZBJV 112 (1976), S. 424f.

155 Ob das Verhalten der Grossmutter überhaupt strafbar ist, gilt es indes genauestens abzuklären (vgl. dazu die Ausführungen in § 3, im 2. und 7. Kapitel).

156 vgl. dazu § 3

157 vgl. dazu § 6 C

158 vgl. dazu § 26 A I

228 von Erhebungen oder in anderer Weise zu erkennen gab, dass sie jemanden einer strafbaren Handlung verdächtige; ferner mit dem Eingang einer Strafanzeige, Strafklage oder eines Strafantrages (159).

Art. 350 StGB legt den Gerichtsstand beim Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen fest.

Wird jemand wegen mehrerer, an verschiedenen Orten verübter strafbarer Handlungen verfolgt, so sind die Behörden des Ortes, wo die mit der schwersten Strafe bedrohte Tat verübt worden ist, auch für die Verfolgung und die Beurteilung der andern Taten zuständig (Art. 350 Ziff. 1 I StGB).

Sind diese strafbaren Handlungen mit der gleichen Strafe bedroht, so sind die Behörden des Ortes zuständig, wo die Untersuchung zuerst angehoben wird. (Art. 350 Ziff. 1 II StGB).

Art. 350 Ziff. 1 StGB setzt voraus, dass ein Beschuldigter mindestens zwei Delikte begangen hat, die zueinander in Real- oder Idealkonkurrenz stehen (160).

B. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund Art. 5 StGB

Art. 5 StGB statuiert das Prinzip der passiven Personalität (sog. Individualschutzprinzip).

Wer im Auslande gegen einen Schweizer ein Verbrechen oder ein Vergehen verübt, ist, sofern die Tat auch am Begehungsort strafbar ist, dem schweizerischen Gesetz unterworfen, wenn er sich in der Schweiz befindet und nicht an das Ausland ausgeliefert wird. Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden (Art. 5 I StGB).

Die schweizerische Gerichtsbarkeit wird somit unter folgenden Bedingungen begründet:

- der in seinem Rechtsgut Verletzte muss schweizerischer Staatsangehöriger sein;
- das Verbrechen oder Vergehen muss im Ausland verübt worden sein;
- beidseitige Strafbarkeit der Tat (161);

159 vgl. dazu Schweri Erhard, Praxis zur interkantonalen Gerichtsstandsbestimmung, in: ZStrR 92 (1976), S. 125f. und 141ff. und BGE 99 IV 182

160 vgl. Näheres bei Schweri, a.a.O., S. 137ff. und Hauser Robert, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 1984, S. 71f.

161 vgl. dazu die Ausführungen in § 32 B III

- der Täter muss sich in der Schweiz befinden (162);
- eine Auslieferung an das Ausland ist unmöglich (163) oder erfolgte bereits durch den ausländischen Staat des Begehungsortes auf Ersuchen der Schweiz hin.

Art. 5 und 6 StGB (164) haben deutlich subsidiäre Funktionen; "sie kommen nur zum Zuge, wenn die primär zuständigen Behörden des Begehungsortes die Auslandtat nicht bereits abschliessend beurteilt haben bzw. die im Ausland ausgefallte Strafe dort noch nicht voll verbüsst ist und der Täter sich in der Schweiz befindet" (165).

Das Individualschutzprinzip ermöglicht den subsidiären Strafrechtsschutz für den Schweizer, der im Ausland keine oder ungenügende Hilfe erfährt (166).

C. Schweizerische Gerichtsbarkeit aufgrund Art. 6 StGB

Art. 6 StGB verankert das Prinzip der aktiven Personalität (sog. Heimatprinzip).

Der Schweizer, der im Ausland ein Verbrechen oder Vergehen verübt, für welches das schweizerische Recht die Auslieferung zulässt, ist, sofern die Tat auch am Begehungsort strafbar ist, diesem Gesetz unterworfen, wenn er sich in der Schweiz befindet oder der Eidgenossenschaft wegen dieser Tat ausgeliefert wird. Ist das Gesetz des Begehungsortes für den Täter das mildere, so ist dieses anzuwenden (Art. 6 Ziff. 1 StGB).

Die schweizerische Strafgewalt setzt voraus:

- der Täter muss die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzen;
- das Verbrechen oder Vergehen muss im Ausland verübt worden sein;

162 BGE 108 IV 147: Kontumazialurteile sind unzulässig; vgl. auch: Hauser/Rehberg, S. 45; Noll, AT I, S. 46.

163 Die schweizerische Gerichtsbarkeit gestützt auf Art. 5 StGB ist subsidiär zu einer aufgrund eines Auslieferungsvertrages gebotenen oder nach schweizerischem Recht zulässigen Auslieferung; vgl. dazu: BGE 99 IV 258; Schultz, AT I, S. 110; id., in: ZBJV 110 (1974), S. 378; Hauser/Rehberg, S. 45; Stratenwerth, AT I, S. 93 und meine Ausführungen in § 32 B III

164 dazu nachfolgend unter C

165 BGE 108 IV 147

166 vgl. Hauser/Rehberg, S. 45; kritisch Schultz, AT I, S. 105

- gegenseitige Strafbarkeit der Tat (167);
- das Verbrechen oder Vergehen muss ein Auslieferungsdelikt sein (168);
- der Täter muss sich in der Schweiz aufhalten oder ihr ausgeliefert worden sein.

Gemäss Art. 7 I IRSG darf ein Schweizer Bürger nur mit seiner schriftlichen Zustimmung ausgeliefert werden. Das Heimatprinzip will verhindern, dass sich Rechtsbrecher durch eine Flucht in ihren Heimatstaat einer Verurteilung oder dem Vollzug einer bereits gegen sie verhängten Sanktion entziehen (169).

D. Kantonaler Gerichtsstand gemäss Art. 348 StGB

Besteht die schweizerische Strafhoheit gemäss den Art. 4 - 6bis StGB, so bestimmt sich die kantonale örtliche Zuständigkeit nach Art. 348 StGB. Dieser findet keine Anwendung, wenn sich die schweizerische Gerichtsbarkeit auf Art. 3 StGB stützt (170). Ist die strafbare Handlung im Auslande verübt worden, oder ist der Ort der Begehung der Tat nicht zu ermitteln, so sind die Behörden des Ortes zuständig, wo der Täter wohnt. Hat der Täter keinen Wohnort in der Schweiz, so sind die Behörden des Heimatortes zuständig. Hat der Täter in der Schweiz weder Wohnort noch Heimatort, so ist der Gerichtsstand an dem Orte, wo der Täter betreten wird, begründet (Art. 348 I StGB).

Unter Wohnort ist nicht der zivilrechtliche Wohnsitz (gemäss Art. 23ff. ZGB) zu verstehen, sondern der Lebensmittelpunkt des Beschuldigten (171).

Ist keiner dieser Gerichtsstände begründet, so sind die Behörden des Kantons zuständig, der die Auslieferung veranlasst hat. Die kantonale Regierung bestimmt in diesem Fall die örtlich zuständige Behörde (Art. 348 II StGB).

167 vgl. dazu § 32 B III

168 Die Beurteilung der Zulässigkeit der Auslieferung erfolgt nach Massgabe des Art. 35 I IRSG und nicht aufgrund der Auslieferungsverträge; vgl. Näheres bei: Hauser/Rehberg, S. 46; Schultz, AT I, S. 109; vgl. auch § 32 B III

169 vgl. Hauser/Rehberg, S. 46; Stratenwerth, AT I, S. 91; Schultz, AT I, S. 104f.

170 BGE 108 IV 146; BGE 92 IV 158 (i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kantons Appenzell-I.Rh.); vgl. auch Hauser, a.a.O., S. 70; Schweri, a.a.O., S. 126

171 Schweri, a.a.O., S. 132, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Territorialprinzip (Art. 3 StGB) findet keine Anwendung auf den Teilnehmer, da der Teilnahmehandlung keine selbständige Bedeutung zukommt (172). Der Teilnehmer unterliegt primär der Gerichtsbarkeit, die für die Haupttat begründet wurde. Diese Regelung entspricht der internen Gerichtsstandsbestimmung des Art. 349 StGB. Die begangene Teilnahme gilt als dort ausgeführt, wo die Haupttat verübt wurde (173).

Hingegen sind auch Art. 5 und 6 StGB auf den Teilnehmer anzuwenden.

Oertlich zuständig zur Verfolgung und Beurteilung der Anstifter und Gehilfen sind interkantonal die Behörden, denen die Verfolgung und Beurteilung des Täters obliegt (174).

Sind an der Tat mehrere als Mittäter beteiligt, so sind die Behörden des Ortes zuständig, wo die Untersuchung zuerst angehoben wurde (175).

F. Streitige Gerichtsbarkeit und streitiger interkantonaler Gerichtsstand

Wird die schweizerische Gerichtsbarkeit von der letzten kantonalen Instanz verneint, kann gegen das Urteil Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof des Bundesgerichts geführt werden (176).

Positive oder negative Gerichtsstandskonflikte sind von der Anklagekammer des Bundesgerichtes zu entscheiden (177).

172 BGE 104 IV 86: Art. 7 StGB legt den Begehungsort der Teilnahmehandlung nicht fest.

173 Eine in der Schweiz erfolgte Teilnahmehandlung an einer im Ausland ausgeführten Haupttat gilt nach dem Grundsatz der Akzessorietät als im Ausland verübt (BGE 108 Ib 304; BGE 104 IV 86).

174 vgl. Art. 349 I StGB, Schweri, a.a.O., S. 134ff. und Hauser, a.a.O., S. 71

175 Art. 349 II StGB; vgl. dazu BGE 109 IV 56ff. und Schweri, a.a.O., S. 134ff.

176 BGE 82 IV 67

177 Art. 351 StGB in Verbindung mit Art. 264 BStP; bei Verfahren gegen Kinder und Jugendliche entscheidet das EJPD über die Zuständigkeitskonflikte (Art. 372 Ziff. 1 III StGB).

Legitimiert, die Anklagekammer des Bundesgerichtshofes anzurufen, sind: Der kantonale Staatsanwalt, der Bundesanwalt (178), der Antragsteller (auch Privatstrafkläger oder Anzeiger) und der Beschuldigte (179). Der Antragsteller kann die Anklagekammer auch anrufen, wenn noch kein Gerichtsstandskonflikt vorliegt, weil erst ein Kanton zur Frage der Zuständigkeit Stellung genommen hat. Um überhaupt einen Konflikt auslösen zu können, müsste der Antragsteller zuerst in der vom kantonalen Prozessrecht vorgeschriebenen Form in einem weiteren Kanton Strafantrag stellen. Dieser Umweg wäre sinnlos und würde die Strafverfolgung verzögern (180).

G. Verhältnis der einzelnen die Gerichtsbarkeit bestimmenden Prinzipien

Das in Art. 3 StGB verankerte Territorialprinzip geht allen andern Anknüpfungspunkten vor (181).

Bis zum Jahre 1982 gingen die herrschende Lehre und Rechtsprechung davon aus, dass bei einer Konkurrenz zwischen Art. 5 und Art. 6 StGB dem Art. 5 der Vorrang zukomme (182).

In BGE 108 IV 81ff. revidierte das Bundesgericht seine Meinung. Es hielt fest, dass die richtige Lösung beim Zusammentreffen der Voraussetzungen von Art. 5 und 6 StGB (183) nicht im Vorrang und der ausschliesslichen Anwendbarkeit der einen oder andern Norm liegen könne, sondern die beiden Bestimmungen sinngemäss zu kombinieren seien (184).

Zusammenfassend möchte ich festhalten, dass schweizerisches Strafrecht dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn das Delikt im Ausland verübt worden ist und sowohl der Täter als auch das Opfer ausländische Staatsangehörige sind (185).

178 vgl. dazu Hauser, a.a.O., S. 74 und Schweri, a.a.O., S. 168
179 vgl. Näheres bei Hauser, a.a.O., S. 74 und Schweri, a.a.O., S. 168f.

180 BGE 92 IV 157f. (i.S. X. gegen Kriminalkommission des Kantons Appenzell-I.Rh.); vgl. auch Schweri, a.a.O., S. 168

181 BGE 108 IV 146f.; Hauser/Rehberg, S. 48; Schultz, AT I, S. 111; Noll, AT I, S. 45

182 Schultz, AT I, S. 111; Hauser/Rehberg, S. 48 und BGE 99 IV 259

183 Täter und Opfer sind Schweizer.

184 BGE 108 IV 84

185 Fälle des Weltrechts- oder Universalprinzips und im Nebenstrafrecht vorgesehene besondere Anknüpfungselemente bleiben vorbehalten.

§ 27 Abstrakte Strafandrohung

Art. 220 StGB sieht als Strafe für das Entziehen oder Vorenthalten von Unmündigen Gefängnis oder Busse vor.

Gemäss Art. 36 StGB beträgt die kürzeste Dauer der Gefängnisstrafe drei Tage, die längste, mit Ausnahme der gesetzlichen Sonderbestimmungen, drei Jahre.

Art. 39 Ziff. 1 II StGB erlaubt dem Richter, statt auf Gefängnis auf Haft zu erkennen, falls das Gesetz - wie in Art. 220 StGB vorgesehen - neben der Gefängnisstrafe wahlweise Busse androht. Die Haftstrafe ist die leichteste Freiheitsstrafe und dauert mindestens einen Tag, maximal drei Monate (Art. 39 Ziff. 1 I StGB) (1).

Sieht das Gesetz die Wahl zwischen einer Freiheitsstrafe und einer Busse vor, so kann der Richter in jedem Falle die beiden Strafen verbinden (Art. 50 II StGB).

Art. 40 Ziff. 1 I StGB sieht als Höchstbetrag der Busse vierzigtausend Franken vor.

Art. 220 StGB ermöglicht dem Richter aufgrund des flexiblen Strafrahmens und der verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten dem Einzelfall Rechnung zu tragen. Diese breite Sanktionspalette drängt sich hinsichtlich Art. 220 StGB um so mehr auf, weil zwischen dem Täter und dem Opfer sowie dem betroffenen Kind in der Regel familienrechtliche oder tiefe emotionale Beziehungen bestehen, die der Richter mittels feingerastertem Strafrahmen beim konkreten Strafmass optimal berücksichtigen kann.

§ 28 Ausgefällte Strafen

Ich möchte hier kurz anhand der mir bekannten Bundesgerichtsurteile und der Schweizerischen Kriminalstatistik (2) aufzeigen, inwieweit die Richter von dem ihnen eingeräumten grossen Ermessen Gebrauch gemacht haben.

Zudem widerspiegelt die ausgefällte Strafe den Stellenwert und das Gewicht, das der Richter (3) dem strafbaren Verhalten beimisst.

- 1 Vgl. zum Vollzug der Haftstrafe Art. 39 Ziff. 2 und 3 StGB, die gemäss Art. 37bis Ziff. 1 I StGB auch auf den Vollzug kurzer Gefängnisstrafen Anwendung finden.
- 2 Jährlich herausgegeben vom Eidgenössischen Statistischen Amt in Bern; ab 1969 umbenannt in: Die Strafurteile in der Schweiz; leider fehlen ab 1974 detaillierte Angaben über Art und Dauer der ausgefällten Strafe.
- 3 und mittelbar die Bevölkerung

A. Vom Bundesgericht bestätigte Strafurteile bezüglich Art. 220 StGB

<u>Gefängnis:</u>	Dauer	bedingter Vollzug
BGE 91 IV 136ff. (i.S. Porta gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft)	4 Monate	nein
BGE 91 IV 228ff. (i.S. Cramer gegen Cramer und Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich)	7 Tage	ja
BGE 92 IV 1ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich)	3 Monate(*)	ja
BGE 95 IV 67ff. (i.S. R. und Kons. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Schwyz)	1 Monat	ja
BGE 99 IV 266ff. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich)	7 Tage (*)	ja

Haft:

BGE 110 IV 35ff. (i.S. C.S. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Basel-Landschaft)	5 Wochen	ja
---	----------	----

Busse:

kein Urteil

Gefängnis und Busse kumuliert: kein Urteil

(*): in Konkurrenz mit andern Delikten

B. Anzahl aufgrund von Art. 220 StGB verurteilter Personen gemäss Schweizerischer Kriminalstatistik des Eidgenössischen Statistischen Amtes in Bern (4)

235

Jahr/ Anzahl	Gefängnis				Haft	Busse
	bis 14 Tage	15 Tage - 1 Mt	1 - 3 Mte	3 Mte - 6 Mte		
1949: 1	1					
1950: 7	3	1				3
1951: 4	2					2
1952: 5				2		3
1953: 10	1			1	1	7
1954: 4	1					3
1955: 5	1					4
1956: 5	2					2
(in diesem Jahr wurde zusätzlich ein Jugendlicher mit einem Verweis bestraft)						
1957: 8						8
1958: 2						2
1959: 4		1				3
1960: 4						4
1961: 7		1				6
1962: 9	2					7
1963: 14	3	2	1			8

4 Ab 1969 umbenannt in: Die Strafurteile in der Schweiz.

236	Jahr/ Anzahl	Gefängnis				Haft	Busse
		bis 14 Tage	15 Tage - 1 Mt	1 - 3 Mte	3 Mte - 6 Mte		
	1964: 6	1					5
	1965: 8	1		2	1		4
	1966: 4	1					3
	1967: 10	1	1	1	1		6
	1968: 15	2	5	1			6
	(in diesem Jahr wurde zusätzlich eine Person mit Gefängnis über 6 Monate bis zu einem Jahr bestraft)						
	1969: 16	2		3	1		10
	1970: 18	3	2	1	1		11
	1971: 12	1	1	2	1	1	6
	1972: 5	2		1			2
	1973: 13	4	1	1	1		6
	1974 (5): 24 verurteilte Personen						
	1975: 15						
	1976: 17						
	1978: 19						
	1979: 15						
	1980: 12						
	1981: 12						
	1982: 11						
	1983: 16						
	1984: 11						

5 Ab 1974 fehlen die spezifischen Angaben über Art und Dauer der ausgefallten Strafe bezüglich Art. 220 StGB.

**C. Anzahl verurteilter Personen gemäss § 195 öStGB und Art der
ausgefällten Strafe für die Jahre 1982 und 1983 (6)**

237

Jahr/ Anzahl	Freiheitsstrafe			Geld- strafe
	1 - 3 Mte	3 - 6 Mte	6 - 12 Mte	
1982: 31	5 (davon 3 mit bedingtem Vollzug)	6 (davon 2 mit be- dingtem Vollzug)	2 (beide mit be- dingtem Vollzug)	18
1983: 19	5 (davon 3 mit bedingtem Vollzug)	2 (beide mit beding- tem Vollzug)		12

Sowohl aus den schweizerischen als auch den österreichischen Statistiken kann entnommen werden, dass jährlich nur wenige Personen wegen einer "Kindesentführung" verurteilt werden. Die Anzahl der Verurteilten steht krass im Widerspruch mit der geschätzten Anzahl Kinder, die vornehmlich von einem Elternteil entzogen oder vorenthalten werden: Allein in der Schweiz beträgt die geschätzte Anzahl ca. 120 bis 150 Fälle pro Jahr (7). Wird eine diesbezügliche Strafe ausgefällt, so wird der Täter in der Regel mit einer Busse bestraft. Die generell milde Bestrafung lässt die "Kindesentführung" als Bagatelldelikt erscheinen.

6 entnommen: Gerichtliche Kriminalstatistik für das Jahr 1982, resp. 1983, bearbeitet im Oesterreichischen Statistischen Zentralamt, Wien 1984 resp. 1985

7 Angaben von Herrn Deschenaux, Leiter der Zentralbehörde; vgl. Näheres in § 32 des 2. Teils dieser Arbeit.

Ich möchte kurz aufzeigen, welche Delikte zu Art. 220 StGB in echter ungleichartiger Idealkonkurrenz stehen können. Verwirklicht der Täter mehrere Tatbestände in Idealkonkurrenz, legt der Richter, ausgehend vom Asperationsprinzip (Art. 68 StGB), die Gesamtstrafe fest (1).

§ 29 Freiheitsdelikte (Art. 183ff. StGB)

A. Freiheitsberaubung und Entführung (Art. 183f. StGB)

I. Freiheitsberaubung (Art. 183 Ziff. 1 I StGB)

Art. 183f. StGB schützen die potentielle und tatsächliche Fortbewegungsfreiheit (2). Tatobjekt dieser Delikte kann jede Person sein, die fähig ist, einen Willen bezüglich ihres Aufenthaltsortes zu bilden (3).

Art. 183 Ziff. 1 I StGB führt als Tathandlung der Freiheitsberaubung zwei konkrete Beispiele - "festnehmen" und "gefangenhalten" - auf, die mit der Generalklausel "in anderer Weise die Freiheit entziehen" ergänzt werden. Der Gesetzgeber bringt damit zum Ausdruck, dass jede Freiheitsberaubung, unabhängig von den eingesetzten Mitteln und Art und Weise, wie jemand seiner Freiheit beraubt wird, unter Strafe gestellt ist (4).

Der Täter, der das unmündige Kind dem Obhutinhaber entzieht, beraubt regelmässig gleichzeitig das Kind seiner Fortbewegungs-

- 1 vgl. zur Konkurrenzlehre: Hauser/Rehberg, S. 192ff., Noll, AT I, S. 222ff.; Stratenwerth, AT I, S. 421ff.; Schultz, AT I, S. 131ff.; id., AT II, S. 80ff.
- 2 Egli, S. 27ff.; Rehberg, S. 162; Schubarth, N. 16 zu Art. 183; Noll, BT I, S. 76; Stratenwerth, BT I, S. 99
- 3 Egli, S. 31; Rehberg, S. 162; Schubarth, N. 16ff. zu Art. 183; Noll, BT I, S. 76; a.M. Stratenwerth, BT I, S. 99
- 4 Näheres zu den Tathandlungen bei: Egli, S. 37ff.; Rehberg, S. 162ff.; Schubarth, N. 13ff. zu Art. 183; Noll, BT I, S. 76f.; Stratenwerth, BT I, S. 99f.

freiheit gemäss Art. 183 Ziff. 1 I StGB, sofern es bereits fähig ist, einen eigenen Willen bezüglich seines Aufenthaltsortes zu bilden (5). Dieser Wille fehlt Säuglingen und Kleinkindern (6). Art. 220 StGB kann nur in Konkurrenz mit Art. 183 Ziff. 1 I StGB verwirklicht werden, wenn eine Ortsveränderung erfolgt (7). Auch die Eltern können, insbesondere in Ueberschreitung ihres Züchtigungsrechtes, ihr Kind der Freiheit berauben, indem sie es beispielsweise in einen dunklen oder feuchten Keller einsperren.

II. Entführung (Art. 183 Ziff. 1 II und Ziff. 2 StGB)

Die Entführungshandlung besteht darin, dass das Opfer an einen Ort geführt wird, wo es sich in der Gewalt des Täters befindet (8). Diese aktive Tathandlung setzt eine Ortsveränderung von einer gewissen Dauer und die faktische Verfügungsgewalt des Täters über das Opfer voraus (9).

Die Entführung schliesst nicht per se eine Freiheitsberaubung oder Nötigung mit ein (10).

Tatobjekt ist im Unterschied zum alten Recht jede lebende Person (11).

Zum Schutz besonders bedürftiger Personen, namentlich Urteils-, Widerstandsunfähige oder noch nicht 16-Jährige, wird in Art. 183 Ziff. 2 auf die von Art. 183 Ziff. 1 II StGB geforderte Anwendung der Tatmittel Gewalt, List oder Drohung verzichtet (12).

5 gl.M. Egli, S. 228; Schubarth, N. 63 zu Art. 183; Thorman/Overbeck, N. 11 zu Art. 220; Petrzilka, S. 291; Cathomen, S. 90

6 Egli, S. 32f.; Rehberg, S. 162

7 Diese ist nicht notwendig für die Freiheitsberaubung, wird aber vom tatbestandsmässigen Entziehen des Art. 220 StGB vorausgesetzt (vgl. § 3).

8 BGE 83 IV 154

9 vgl. zu den einzelnen Elementen: Egli, S. 73ff.; Schubarth, N. 47ff. zu Art. 183; Stratenwerth, BT I, S. 102; Noll, BT I, S. 79 und § 3 A

10 Hingegen ist eine echte Konkurrenz zwischen Entführung und Freiheitsberaubung ausgeschlossen, da sie zu einer einzigen Strafbestimmung zusammengeschlossen wurden, um Abgrenzungsschwierigkeiten zu vermeiden. Näheres bei: Egli, S. 225f.; Schubarth, N. 48 und 61 zu Art. 183; Stratenwerth, AT I, S. 103; Rehberg, S. 166.

11 Schubarth, N. 46 zu Art. 183; Noll, BT I, S. 79

12 vgl. zu den Tatmitteln: Egli, S. 79ff.; Schubarth, N. 52ff. zu Art. 183; Noll, BT I, S. 79

Wer ein urteilsfähiges, über 16-jähriges unmündiges Kind mit Gewalt, List oder Drohung entführt, erfüllt Art. 220 StGB in Idealkonkurrenz (13). Hingegen stellt nicht jede Entziehung gemäss Art. 220 StGB eine Entführung dar. Diese fordert zusätzlich eine gewisse Machtposition des Täters über das Opfer (14).

Ebenso besteht Idealkonkurrenz zwischen Art. 220 und Art. 183 Ziff. 2 StGB, wenn ein noch nicht 16-jähriges (15) oder ein urteilsunfähiges Kind entführt wird.

Auch ein Elternteil kann sein eigenes Kind entführen, insbesondere wenn ihm kein Aufenthaltsbestimmungsrecht über das unmündige Kind zusteht. Aber auch der Obhutinhaber kann das ihm anvertraute unmündige Kind entführen, wenn die zwangsweise Anordnung des Aufenthaltes dem Inhalt und den Prinzipien der elterlichen Gewalt krass widerspricht (16).

Liegen erschwerende Umstände im Sinne des Art. 184 StGB (17) vor, tritt dieser Tatbestand in Konkurrenz zu Art. 220 StGB.

B. Geiselnahme (Art. 185 StGB)

Art. 185 StGB hat zwei gleichwertige Schutzrichtungen: einerseits sichert er die psychische und physische Integrität der Geisel, andererseits die Dispositionsfreiheit von Drittpersonen (18).

Den Grundtatbestand (Art. 185 Ziff. 1 I StGB) erfüllt, wer jemanden der Freiheit beraubt, entführt oder sich seiner sonstwie bemächtigt, um einen Dritten (19) zu einer Handlung, Unterlas-

13 gl.M. Rehberg, S. 166; generell Thormann/Overbeck, N. 11 zu Art. 220 und Cathomen, S. 90; Egli, S. 231; Schubarth, N. 63 zu Art. 183; a.M. Petrzilka, S. 291; vgl. auch BGE 92 IV 2 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich)

14 vgl. dazu Egli, S. 76

15 Die Urteilsunfähigkeit bezüglich des Aufenthaltsortes wird vom Gesetzgeber unwiderlegbar vermutet (*praesumptio iuris et de iure*).

16 gl. M. Egli, S. 68

17 Näheres bei: Egli, S. 135ff.; Schubarth, N. 1ff. zu Art. 184; Rehberg, S. 167f.; Noll, BT I, S. 78; Stratenwerth, BT I, S. 104f.

18 vgl. dazu: BGE 111 IV 146; Egli, S. 148ff.; Rehberg, S. 168; Schubarth, N. 1 zu Art. 185

19 Dritter im Sinne des Art. 185 Ziff. 1 I StGB ist jede mit dem Täter und der Geisel nicht identische Person, einschliesslich Angehörige der letzteren (BGE 111 IV 147); dieser Dritte bildet auch das Abgrenzungskriterium der Geiselnahme gegenüber Art. 184 II StGB (Lösegeldforderung).

sung oder Duldung zu nötigen. Bestraft wird auch, wer die von einem anderen auf diese Weise geschaffene Lage ausnützt, um einen Dritten zu nötigen (Art. 185 Ziff. 1 II StGB) (20). Nimmt der Täter ein unmündiges Kind zur Geisel, um einen Dritten zu nötigen, so erfüllt er Art. 220 StGB in Idealkonkurrenz (21).

Auch ein Elternteil kann das eigene Kind zur Geisel nehmen, insbesondere um den Ehegatten oder Ex-Ehegatten zu nötigen (22). Der geschiedene Ehemann entführt beispielsweise das unter der Obhut der Mutter stehende Kind, um sie zu einer ungerechtfertigten Herabsetzung der Unterhaltsbeiträge zu nötigen. Da der Nötigungserfolg nicht in einer geldwerten Leistung bestehen muss, sondern jedes mögliche Tun, Dulden oder Unterlassen, zu welchem der Dritte fähig ist, in Frage kommt (23), sind weitere Beispiele denkbar: Ein Ehegatte entführt das gemeinsame Kind, um den andern zur Wiederaufnahme des gemeinsamen Haushaltes oder zum Rückzug (24) der eingereichten Ehescheidungs- oder Trennungsklage zu nötigen.

§ 30 Frauen- und Kinderhandel (Art. 202 StGB)

Diese Bestimmung will nicht nur die Prostitution oder die sie ausbeutenden Organisationen bekämpfen, sondern auch das Opfer des Mädchenhandels schützen (25).

Geschützt sind alle Personen weiblichen Geschlechts, unabhängig von ihrem Alter, und Personen männlichen Geschlechts bis zur Mündigkeit.

20 vgl. Näheres zur Geiselnahme bei: Egli, S. 156ff.; Schubarth, N. 2ff. zu Art. 185; Rehberg, S. 168ff.; Noll, BT I, S. 80ff.; Stratenwerth, BT I, S. 105ff.

21 vgl. die zur Freiheitsberaubung und Entführung gemachten Ausführungen unter A I und II

22 gl.M. Egli, S. 157

23 vgl. Egli, S. 184ff.

24 Vorstellbar ist auch die Nötigung, die entsprechende Klage nicht einzureichen.

25 Stratenwerth, BT II, S. 54

242 Bestraft wird, wer, um der Unzucht eines andern Vorschub zu leisten, mit Frauen oder Minderjährigen Handel treibt, insbesondere indem er sie anwirbt, verschleppt oder entführt (Art. 202 Ziff. 1 StGB) (26).

Entführt der Täter ein unmündiges Kind, um der Unzucht eines andern Vorschub zu leisten (27), so verwirklicht er Art. 220 StGB in Idealkonkurrenz (28).

§ 31 Delikte gegen die Rechtspflege

A. Begünstigung (Art. 305 StGB)

Gemäss Art. 305 I StGB macht sich strafbar, wer jemanden der Strafverfolgung, dem Strafvollzug oder dem Vollzug einer der in Art. 42 - 44 und 100bis vorgesehenen Massnahmen entzieht. Geschütztes Rechtsgut ist grundsätzlich die schweizerische Strafrechtspflege, soweit nicht Art. 305 Ibis StGB Platz greift (29).

Der Täter muss somit in die Strafverfolgung, den Strafvollzug oder den Vollzug einer Massnahme nach Art. 42 - 44 oder 100bis StGB eingreifen.

"Unter Strafverfolgung sind die das strafprozessuale Erkenntnisverfahren bildenden Prozesshandlungen (von der Einleitung des Untersuchungsverfahrens an) zu verstehen" (30). Nicht vorausgesetzt ist eine Schuld des Begünstigten, denn Art. 305 StGB schützt auch das Interesse des Staates, dass ein Strafverfahren gegen einen Verdächtigen ungehindert abläuft, selbst wenn der Verfolgte schliesslich unschuldig ist (31).

- 26 vgl. zum Tatbestand: Stratenwerth, BT II, S. 54ff.; Cathomen, S. 119f.
- 27 vgl. zu diesem Terminus Stratenwerth, BT II, S. 56
- 28 gl.M. Schubarth, N. 10 und 63 zu Art. 183; Art. 202 geht Art. 183f. StGB als lex specialis vor (Stratenwerth, BT II, S. 57; Egli, S. 221; a.M. Schubarth, N. 63 zu Art. 183)
- 29 BGE 104 IV 243
- 30 Stratenwerth, BT II, S. 320; ZR 78 (1979) Nr. 71, S. 163; vgl. zum Beginn und Ende der Strafverfolgung: Hauswirth, S. 6f.
- 31 BGE 99 IV 275f. (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); ZR 78 (1979) Nr. 71, S. 164 mit Verweisung auf BGE 69 IV 120; vgl. Näheres bei Hauswirth, S. 11ff.; Rehberg Jörg, Aktuelle Probleme der Begünstigung (StrGB Art. 305), in: ZBJV 117 (1981), S. 375ff.; kritisch dagegen Stratenwerth, BT II, S. 320f.

"Der Strafvollzug umfasst die Vollstreckung aller im Gesetz vorgesehenen Strafen, der Hauptstrafen ebenso wie der Nebenstrafen" (32). Art. 305 StGB sichert zudem den Vollzug der in Art. 42 - 44 und 100bis vorgesehenen freiheitsentziehenden Massnahmen bei Strafmündigen. Nicht erfasst sind insbesondere die jugendstrafrechtlichen Massnahmen gestützt auf Art. 84ff. und 91ff. StGB und alle fürsorgerischen Massnahmen gemäss Art. 397a und 405a ZGB (33).

Die tatbestandsmässige Handlung besteht im Verhindern einzelner Akte der Strafverfolgung oder des Straf- resp. Massnahmenvollzuges (34).

Die Tat ist vollendet, wenn der Begünstigte der Strafverfolgung resp. dem Vollzug mindestens für geraume Zeit tatsächlich entzogen wird, wobei eine vorübergehende, nicht nur endgültige Entziehung genügt (35).

Somit kann der Täter zu Art. 220 StGB gleichzeitig den Tatbestand des Art. 305 StGB erfüllen, wenn er den Minderjährigen der Strafverfolgung oder den jungen Erwachsenen im Alter zwischen 18 bis 20 Jahren dem Vollzug der auf Art. 100bis gestützten Massnahme entzieht, indem er dem inkriminierten oder bereits internierten Jugendlichen die Flucht aus eigenen Interessen ermöglicht oder ihm eine Unterkunft zur Verfügung stellt (36).

B. Befreiung von Gefangenen (Art. 310 StGB)

Nach Art. 310 Ziff. 1 StGB ist strafbar, wer mit Gewalt, Drohung oder List einen verhafteten, einen Gefangenen oder einen andern auf amtliche Anordnung in eine Anstalt Eingewiesenen befreit oder ihm zur Flucht behilflich ist (37).

Der Täter, der ein unmündiges Kind entzieht, kann gleichzeitig gemäss Art. 310 StGB zur Verantwortung gezogen werden, wenn es

- 32 Stratenwerth, BT II, S. 320; vgl. auch Hauswirth, S. 7ff.
- 33 BGE 99 IV 275 (i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich); Stratenwerth, BT II, S. 320, der aber allenfalls den Vollzug einer Strafe gemäss Art. 95 StGB durch Art. 305 StGB gesichert sieht; vgl. auch Schultz, in: ZBJV 110 (1974), S. 399; Hauswirth, S. 8f.
- 34 vgl. BGE 99 IV 276f.; Stratenwerth, BT II, S. 321ff.; Hauswirth, S. 9f.; Rehberg, a.a.O., S. 377ff.
- 35 BGE 99 IV 277f.; ZR 78 (1979) Nr. 71, S. 163; Stratenwerth, BT II, S. 322; Hauswirth, S. 10; Schultz, in: ZBJV 110 (1974), S. 399
- 36 vgl. den BGE 99 IV 274f. zugrundeliegenden Sachverhalt
- 37 vgl. Näheres bei Stratenwerth, BT II, S. 325ff.

auf amtliche Anordnung in eine Anstalt eingewiesen wurde. Art. 310 StGB schützt nicht nur alle strafrechtlichen freiheitsentziehenden Massnahmen, sondern auch die fürsorgerische Freiheitsentziehung (38). Wird die amtliche Anordnung in einer privaten Institution vollzogen, dürfte die Anwendung von Art. 310 StGB ausscheiden, da der diesem Artikel spezifische amtliche Gewahrsam fehlt (39). Das Kind wird meines Erachtens dem Inhaber der Obhut, auch wenn diesem die restliche elterliche Gewalt nicht zusteht, und nicht dem Inhaber der verbleibenden elterlichen Gewalt entzogen (40).

38 Stratenwerth, BT II, S. 326; Hauswirth, S. 9

39 Stratenwerth, BT II, S. 326

40 vgl. zu dieser Problematik § 1 A III 2c) und d), § 1 A IV 3b) und c), § 1 B III sowie § 24 B II

1. Kapitel: Beibehalten der jetzigen Strafnorm?

§ 32 Analyse der bestehenden Regelung

A. Gegenwärtige faktische Situation

Jährlich werden in der Schweiz ca. 120-150 Kinder (1) entführt. Da die Dunkelziffer überaus hoch ist, weil sich die Betroffenen meist nicht an die Behörden oder Öffentlichkeit wenden, fällt es schwer, die genaue Anzahl der Fälle zu eruieren. Zudem fehlt jegliche Art von Statistik, da dieses kriminelle Verhalten von Seiten der Behörden aufgrund der familiären Beziehungen zwischen Opfer und Täter oft als internes Bagatelldelikt behandelt wird und ihnen, wie noch zu zeigen ist, die Hände vielfach gebunden sind. Bei den Tätern handelt es sich ausschliesslich um Personen mit einem rechtlichen Kindesverhältnis zum entzogenen oder vor-enthaltenen Kind, wobei mehrheitlich die Väter ihr Kind entführen (2).

Der "klassische" Entführungsfall findet während der Ausübung des eingeräumten Besuchsrechts statt. Der besuchsberechtigte Vater holt sein Kind ab und flüchtet mit ihm ins Ausland. Kritische Perioden sind Weihnachten, Ostern oder Sommerferien. Häufig auch holt der Vater sein Kind von der Schule ab und bringt es ins Ausland, ohne dass die Mutter irgendeinen Verdacht geschöpft hat und Massnahmen treffen konnte, um das Delikt zu verhindern. In 65% der bekannten Fälle brachte der Täter das Kind aus der Schweiz ins Ausland, in 30% der Fälle vom Ausland in die Schweiz und in 5% der Fälle diente die Schweiz als Transitland (3). Als Zufluchts- oder Entführungsort sind ca. 47 Länder in allen Kontinenten betroffen, wobei es sich in 60% um europäische und in 40% um Länder in anderen Kontinenten handelt (3).

- 1 Für die mir bereitwillig erteilten Auskünfte möchte ich mich ganz herzlich bei Frau Monique Werro, Gründerin der Schweizer Gruppe gegen die Entführung von Kindern, und den Herren RA Dr. René Müller, Rechtsberater dieser Selbsthilfegruppe, und Bernard Deschenaux, Leiter der Zentralbehörde zur Behandlung internationaler Kindesentführungen, Bundesamt für Justiz, bedanken. Herr Deschenaux schätzt die Anzahl der jährlichen Kindesentführungen auf ca. 100; vgl. die Anzahl der aufgrund Art. 220 StGB jährlich verurteilten Personen in § 28
- 2 Gemäss Auskunft von Herrn Deschenaux; dass vornehmlich Väter ihre Kinder entführen, ist darauf zurückzuführen, dass regelmässig bei der Zuteilung der elterlichen Gewalt oder Obhut der Mutter als primärer Bezugsperson und unmittelbarer Betreuerin der Vorzug eingeräumt wird (vgl. § 5 C und § 6 A).
- 3 Angaben von Herrn Deschenaux

246 Die meisten Kindesentziehungen (4) finden zwischen Ehepartnern oder Ex-Ehepartnern verschiedener Nationalität statt. Das erstaunt nicht, da die Kinder regelmässig erst dann entführt werden, wenn der Täter ein Bezugsland, sei es sein Heimatland, sei es seinen Arbeitsort, kennt, in das er sein Kind bringen kann. Zudem garantiert das Doppelbürgerrecht des entzogenen Kindes oft den Erfolg der Entführung, da es vom zweiten Heimatstaat, in den es gebracht wird, als eigener Bürger behandelt wird und dadurch die Rückführung überaus erschwert wird (5).

Es kommt auch vor, dass der Täter, bevor er sein Kind entführt, bereits Vorkehrungen in seinem Heimatstaat getroffen hat, um eine Gerichtsentscheidung zu bewirken, die ihm das Sorgerecht zuspricht.

In der Schweiz sind ca. 20% der geschlossenen Ehen gemischter Nationalität, d.h. nur ein Ehegatte ist ursprünglich Schweizer Bürger. In den letzten Jahren stieg die Scheidungsquote (6) der national gemischten Ehen stetig. Diese Tatsache trug sicher auch dazu bei, die Anzahl der entführten Kinder zu vergrössern. Die Täter stammen aus allen sozialen Schichten und gehen den verschiedensten Berufstätigkeiten nach (7); das Problem der Kindesentziehung lässt sich somit nicht einer einzelnen oder bestimmten sozialen Gruppe zuordnen.

4 ca. 90%; vgl. auch den informativen bundesrätlichen Bericht in BBl 1983 I 103ff.

5 vgl. unter § 32 B

6 Angaben aus dem statistischen Jahrbuch der Schweiz des jeweils nachfolgenden Jahres (Schlussfolgerungen aus diversem Zahlenmaterial):

von den insgesamt 11415 ausgesprochenen Scheidungen im Jahr 1985 betrafen 2335 (ca. 20,5%) Ehen gemischter Nationalität. 1965 waren 17% der insgesamt in der Schweiz geschlossenen Ehen national gemischt (d.h. Heirat einer Schweizerin mit einem Ausländer oder eines Schweizers mit einer Ausländerin); im gleichen Jahr entfielen 10,2% der insgesamt ausgesprochenen Scheidungen auf Ehen gemischter Nationalität.

Kurzstatistik:

Jahr:	Anteil der Mischehen:	Scheidungsquote:
1980	17,02%	17,13%
1981	17,72%	17,69%
1982	18,40%	18,90%
1983	19,24%	19,30%
1984	19,60%	19,77%
1985	19,30%	20,45%

Die Anzahl der gemischt nationalen Ehen blieb zwischen 1965 und 1985 konstant, hingegen verdoppelte sich die Scheidungsquote innerhalb dieser 20 Jahre von 10,2% auf 20,45%.

7 Angaben von Herrn Deschenaux: Industrielle, Professoren, Gastarbeiter etc.

Die Gründe, das eigene Kind zu entführen, sind vielfältig und sehr individuell. Meistens aber sind nicht die Sorge und Liebe zum Kind massgebend für diesen Entschluss, bsp. weil es vom Obhutberechtigten schlecht gepflegt wird etc., sondern Rache am andern Elternteil. Das Kind wird regelmässig während des laufenden Ehescheidungs-, Ehetrennungs- oder Eheschutzverfahrens oder nachdem ein diesbezügliches Urteil gefällt wurde, entführt: der Täter will den Entscheid hinsichtlich der Obhut zuteilung resp. der Zuteilung der elterlichen Gewalt an den andern Elternteil nicht akzeptieren oder ihm vorgreifen. Oft auch wird das Kind als Druckmittel benützt, um den Ehegatten zu bewegen, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Insbesondere dem ausländischen Elternteil, dem unser Gedankengut hinsichtlich liberaler Scheidungspraxis und der Zuteilung der Kleinkinder an die sie selbst betreuende Mutter (8) fremd ist, weil er aus einer patriarchalisch geprägten Kultur stammt, fällt es schwer, den Obhutentscheid anzuerkennen. Durch die Trennung zugefügter Schmerz und verletzter Stolz sind oft ebenfalls Motive einer Kindesentführung.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen die Fälle, in denen das Kind von einem Elternteil entführt wird, weil diesem das gerichtlich oder behördlich eingeräumte Besuchsrecht vom Obhutinhaber verwehrt wird.

Sofern sich die Kindesentziehung ausschliesslich in der Schweiz abspielt, ergeben sich rechtlich wenig Probleme (9): Art. 220 StGB kann angewendet werden. Sobald aber ein internationaler Sachverhalt vorliegt, kann dieser Tatbestand nur wenig Schutz bieten.

Der Vater, der das Kind in sein Heimatland mitnimmt, beantragt regelmässig einen neuen Sorgerechtsentscheid, in dem ihm die elterliche Gewalt über das unmündige Kind zugesprochen wird. Der Heimatstaat anerkennt den schweizerischen Sorgerechts- oder Obhutentscheid nicht, geschweige denn, dass er ihn vollstreckt. Eine Auslieferung des Täters an die Schweiz aufgrund der tatbestandsmässigen Handlung des Art. 220 StGB erfolgt in der Regel nicht; insbesondere wenn der entführende Vater Staatsangehöriger des Landes ist, in dem er mit dem Kind Zuflucht sucht (10). Unseren schweizerischen Behörden sind die Hände rechtlich und faktisch gebunden, der obhutberechtigten Mutter bleibt die

8 vgl. zu den Grundsätzen der Kinderzuteilung § 5 C und § 6 A

9 vgl. zu den Rechtsproblemen hinsichtlich Art. 220 StGB den 1. Teil dieser Arbeit und die Revisionsvorschläge in § 34

10 vgl. nachfolgend unter B III

staatliche Hilfe versagt und sie bleibt von ihrem Kind getrennt. Diese menschlich tragische Situation bewegte Monique Werro anfangs 1982, eine Selbsthilfegruppe gegen die Entführung von Kindern zu gründen. Vielfach war sie mit dem Schicksal verzweifelter Mütter, denen die Kinder vom Ehe- oder Ex-Ehegatten entführt worden waren, und die oft nicht einmal wussten, wo sich ihre Kinder aufhielten, konfrontiert worden; ausschlaggebend für die Gründung dieses Vereins war der Hungerstreik einer betroffenen Mutter, der bei den Behörden keine Wirkung zeigte.

Vereinszwecke sind:

- Information der Öffentlichkeit über Kindesentführungen;
- entführte Kinder wieder zurückzubringen;
- weiteren Entführungen vorzubeugen;
- dem Elternteil, dem die Kinder entführt wurden, rechtlich und moralisch beizustehen.

Bis heute sind dieser Gruppe, der eine weitere Gründung in Zürich folgte (11), ca. 350 Fälle bekannt geworden. Bis anhin konnten ca. 60 Kinder wieder zum rechtmässigen Obhutinhaber in die Schweiz zurückgebracht werden. Das grösste Problem stellt sich in finanzieller Hinsicht: eine Rückführung kostet zwischen Fr. 3'500.- bis Fr. 140'000.-. Alle Vereinsmitglieder arbeiten unentgeltlich, doch die meist abenteuerlichen Nacht- und Nebelaktionen zu Luft, Land und Wasser, die erforderlich sind, um das Kind unbehelligt aus dem Ausland dem in der Schweiz lebenden Obhutinhaber zurückzubringen, sind überaus kostspielig. Sensibilisiert durch diese Vereinstätigkeit, insbesondere durch vermehrte Öffentlichkeitsarbeit mittels zahlreicher Zeitungsartikel in der ganzen Schweiz, liessen sich manchmal Spender finden, die eine Rückführung mitzufinanzieren halfen. Da die Tätigkeit der Selbsthilfegruppe von den Behörden als widerrechtlich qualifiziert wird (12), ist es überaus schwierig, Stellen oder Privatpersonen zu motivieren, finanzielle Mittel zur Verfügung zu stellen, weil diese sich dann dem Vorwurf ausgesetzt sehen, strafbare Tätigkeit zu unterstützen (13).

11 Gruppe gegen die Entführung von Kindern, Zürich

12 vgl. dazu Abschnitt B VI dieses Paragraphen

13 Insbesondere wurden der Stiftung Pro Juventute und dem Fürsorgeamt der Stadt Zürich vorgeworfen, die Gruppe finanziell unterstützt zu haben (SonntagsZeitung vom 1. März 1987, S. 1f.) Das Dementi der Pro Juventute erfolgte eine Woche später (SonntagsZeitung vom 8. März 1987, S. 2): Die Stiftung distanzieren sich in aller Form von sämtlichen ungesetzlichen Handlungen; ein einziges Mal sei eine Mutter, die durch die Kosten einer Rückführung in eine finanzielle Notlage gekommen sei, im nachhinein mit einem bescheidenen finanziellen Beitrag unterstützt worden.

Kürzlich wurde in Zürich unter dem Präsidium von Frau Nationalrätin Angeline Frankhauser eine Stiftung gegründet, deren Zweck nebst der Oeffentlichkeitsarbeit die Beschaffung der nötigen Mittel für eine Rückführung der entführten Kinder ist (14). Trotz der Vorwürfe der Illegalität der Rückführungen sah die Stiftungsaufsicht bisher keinen Grund, dieser Stiftung die Zulassung zu verweigern.

B. Rechtliche Situation bei internationalen Sachverhalten

Ich möchte noch kurz die Rechtslage schildern, welche die Problematik einer Rückführung eines entzogenen oder vorenthaltenen Kindes beherrscht. Hingegen würde es den Rahmen meiner Dissertation sprengen, detailliert auf die einzelnen Abkommen einzugehen.

I. Uebereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen (MSA) (15)

Sachlich anwendbar ist das MSA auf Massnahmen zum Schutze der Person oder des Vermögens des Minderjährigen (Art. 1 MSA). Die Zuteilung der elterlichen Gewalt bei einer Scheidung oder die Scheidung selbst gelten als potentielle Gefährdung des Kindeswohles im Sinne des MSA (16).

Der persönliche Anwendungsbereich dieses Abkommens beschränkt sich auf Personen, die sowohl nach dem Recht ihres Heimatstaates als auch nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthaltsortes minderjährig sind und ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem Vertragsstaat haben (17).

14 Tages-Anzeiger, Dienstag 21.4.1987, S. 17 und SonntagsZeitung vom 1.März 1987, S. 1f.

15 SR 0.211.231.01; vgl. Näheres zum MSA bei: Henkel, S. 235ff.; Köhler Hans, Die Haager Uebereinkommen, Schriftenreihe für Internationales Recht, Bd. 4, Eisenstadt 1978, S. 113ff.; Baechler W., Fragen des internationalen Minderjährigenschutzes aus schweizerischer Sicht, in: ZVW 30 (1975), S. 1ff.; Schwander Ivo, Das Internationale Familienrecht der Schweiz, Bd. II, St. Gallen 1985, S. 900ff.; Oberloskamp Helga, Haager Minderjährigenschutzabkommen, Köln/Berlin/Bonn/München 1983

16 vgl. ZöF 82 (1985), S. 95

17 Art. 1 und 13 I MSA; Mitgliedstaaten dieses multilateralen Abkommens sind: BRD, Frankreich, Luxemburg, Niederlande und Niederländische Antillen, Oesterreich, Portugal und übrige portugiesische Gebiete, Türkei und die Schweiz

Die Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes in einem Vertragsstaat bietet Probleme bezüglich der Anwendbarkeit des MSA auf entführte Kinder. Verlangt wird nämlich nicht ein zufälliger, sondern ein Aufenthalt von einer gewissen Dauer. Oft begründet daher das entführte Kind im Fluchtstaat keinen gewöhnlichen, sondern lediglich einen einfachen Aufenthaltsort, der die Anwendbarkeit des MSA ausschliesst (18).

Auch Art. 3 MSA erschwert die Anwendbarkeit des MSA auf entführte Kinder zusätzlich. Dieser Artikel beschränkt die örtliche Zuständigkeit der Gerichte oder Behörden des Aufenthaltsstaates des Minderjährigen gemäss Art. 1 MSA zum Erlass entsprechender Kindesschutzmassnahmen, indem er die Vertragsstaaten verpflichtet, das Gewaltverhältnis, das nach dem Heimatrecht des Minderjährigen ex lege besteht, anzuerkennen (19).

Der schwerwiegendste Mangel dieses Abkommens besteht aber darin, dass es nur die Anerkennung der Kindesschutzmassnahmen vorsieht, die Vollstreckung solcher Entscheide hingegen dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Staates oder bilateraler Abkommen unterwirft (Art. 7 MSA). Wird das Kind entführt, so muss der Obhutberechtigte aber, sofern kein Sorgerechtsentscheid vorliegt, ein Herausgabebegehren stellen, dessen Anerkennung und Vollstreckbarkeit sich somit nach dem internen Recht des Aufenthaltsortes des Kindes bestimmt. Ebenso diesem Recht unterliegt die Anerkennung oder Vollstreckung eines bereits vorliegenden Sorgerechtsentscheides. Dieser prozessrechtliche Weg erweist sich im Anwesenheitsstaat des Minderjährigen mangels bilateraler Abkommen oder wegen des Ausschlusses bzw. einschränkender Vorbehalte als undurchführbar oder zumindest als wenig erfolgversprechend (20).

Das MSA ist daher, abgesehen von seiner beschränkten Mitgliederzahl, ein ungeeignetes Instrument, um das entführte Kind wieder dem Obhutinhaber zuführen zu können.

18 Beispielsweise vermag eine Zeitspanne von nur ca. 14 Tagen nicht auszureichen, um der Voraussetzung des gewöhnlichen Aufenthalts Genüge zu tun (vgl. ZöF 82 (1985), S. 95f.); die deutsche Rechtsprechung verlangt eine Aufenthaltsdauer von mindestens sechs Monaten, damit das MSA Anwendung finden kann (vgl. Christian Ingeborg, Die Herausgabe eines vom nichtsorgeberechtigten Elternteil oder einem Dritten entführten Kindes, in: Der Amtsvormund 1983, S. 437); gl. M. auch Baechler, a.a.O., S. 4f.

19 vgl. auch Christian, a.a.O., S. 439

20 Baechler, a.a.O., S. 5f.; gl. M. Deschenaux Bernard, Internationale Kindesentführungen und Mittel, ihnen zu begegnen, in: ZVW 40 (1985), S. 43 und Christian, a.a.O., S. 691; so auch BB1 1983 I 106

Die Schweiz schloss solche Abkommen mit folgenden Ländern: Frankreich (21), Spanien (22), Tschechoslowakei (23), Deutschland (24), Italien (25), Schweden (26), Belgien (27), Oesterreich (28) und dem Fürstentum Liechtenstein (29). Diese Verträge sind zwar nicht auf die Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder zugeschnitten, sie können aber eine Grundlage bieten, um im Vertragsstaat einen Sorgerechtsentscheid vollstrecken zu lassen. Vielfach aber schliessen diese bilateralen Abkommen, genauso wie das Uebereinkommen der europäischen Gemeinschaften über die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (sog. Brüsseler Vollstreckungsabkommen) (30), die familienrechtlichen Entscheidungen aus (31). Die Vollstreckungsabkommen klammern auch provisorische Entscheidungen (einstweilige Verfügungen) und in der Regel auch die Zuteilungsentscheide durch die Vormundschaftsbehörde aus (32).

Daher verhelpen diese bilateralen Abkommen, sofern sie überhaupt mit dem Aufenthaltsstaat des unmündigen entzogenen Kindes abgeschlossen wurden, nur beschränkt, das Kind dem Obhutinhaber wieder zukommen zu lassen.

21 SR 0.276.193.491

22 SR 0.276.193.321

23 SR 0.276.197.411

24 SR 0.276.191.261

25 SR 0.276.194.541

26 SR 0.276.197.141

27 SR 0.275.191.721

28 SR 0.276.191.632

29 SR 0.276.195.141

30 Die Schweiz ist nicht Vertragsstaat.

31 gl.M. Baechler, a.a.O., S. 7; Christian, a.a.O., S. 692; Kaufmann Horst, Grundlinien und Entwicklungstendenzen der von der Schweiz geschlossenen zweiseitigen Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen in Zivilsachen, in: ZBJV 112 (1976), S. 366ff.

32 vgl. Deschenaux, a.a.O., S. 42 ; ZR 84 (1985) Nr. 11, S. 41f. und BGE 110 II 119ff.

Nachfolgend werden kurz die Voraussetzungen der Auslieferung der sich in der Schweiz aufhaltenden Täter und der Anwendungsbereich des Europäischen Uebereinkommens sowie einzelner bilateraler Vollstreckungsabkommen erörtert.

1. Rechtslage unter dem alten Auslieferungsgesetz

Das Bundesgesetz betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande vom 22. Januar 1892 (33) sah für die Auslieferung das Enumerationsprinzip vor. In Art. 3 dieses Gesetzes waren die Delikte aufgelistet, für die eine Auslieferung bewilligt werden konnte. Lag ein Auslieferungsbegehren eines ausländischen Staates vor, musste primär geprüft werden, ob das entsprechende Delikt auslieferungsfähig und sekundär, ob die gegenseitige Strafbarkeit vorhanden war.

Art. 3 I Ziff. 8 AuslG machte die Entführung von Minderjährigen zum Auslieferungsdelikt. Grundsätzlich schützten die Strafnormen der aArt. 183ff. StGB, analog den heutigen Art. 183ff. StGB, die Bewegungsfreiheit der entführten Person, die entweder weiblichen Geschlechts oder noch nicht sechzehn Jahre alt sein musste (34). Es fragt sich nun, ob die tatbestandsmässige Handlung des Art. 220 StGB durch Subsumtion unter Art. 3 I Ziff. 8 AuslG ein auslieferungsfähiges Delikt darstellte. Dies ist meiner Meinung nach zu verneinen, da diese Strafnormen verschiedene Rechtsgüter schützten. Zudem wäre diese Auslegung meines Erachtens zu extensiv, weil das tatbestandsmässige Verhalten gemäss Art. 220 StGB nicht immer auch eine Entführung im Sinne der Art. 183ff. StGB darstellen muss, insbesondere wenn der Elternteil, der das Kind dem Obhutberechtigten entzieht, noch Inhaber der elterlichen Restgewalt ist und ihm somit die gesetzliche Vertretung des Kindes obliegt (35); des weiteren boten die Entführungsdelikte unter dem alten Recht dem männlichen Kind über sechzehn Jahren keinen Schutz, so dass die Entziehung eines solchen Kindes niemals gleichzeitig den Tatbestand des aArt. 185 StGB in Idealkonkurrenz verwirklichen konnte.

33 BS 3, 509ff.; abgekürzt AuslG

34 vgl. zur heutigen Regelung § 29

35 vgl. dazu auch § 29

Art. 220 StGB stellte somit unter dem alten Auslieferungsgesetz kein Delikt dar, das der Auslieferung fähig war (36).

253

a) Das europäische Auslieferungsabkommen (37)

Art. 2 dieses Abkommens beschreibt die auslieferungsfähigen Delikte anhand der Generalklausel: Ausgeliefert wird wegen Handlungen, die sowohl nach dem Recht des ersuchenden als auch nach dem des ersuchten Staates mit einer Freiheitsstrafe oder die Freiheit beschränkenden sichernden Massnahme im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schweren Strafe bedroht sind. Diese Regelung setzte sich in Widerspruch zum nationalen Auslieferungsrecht, das durch die Enumerationsmethode die Auslieferung viel restriktiver handhabte. Daher brachte die Schweiz beim Staatsvertragsabschluss einen Vorbehalt an, der die Generalklausel des Art. 2 Ziff. 1 des Abkommens durch die enumerative Liste des Art. 3 AuslG ersetzte.

Somit konnte der Täter zu Art. 220 StGB auch nicht aufgrund des Europäischen Auslieferungsübereinkommens ausgeliefert werden.

b) Bilaterale Vollstreckungsabkommen

Die Schweiz schloss mit zahlreichen Staaten zweiseitige Vollstreckungsabkommen, die allesamt auf dem Enumerationsprinzip beruhen.

Für folgende Vertragsstaaten, die als Auslieferungsdelikt "die Entführung Minderjähriger" vorsehen, gilt aus denselben Erwägungen (38) Art. 220 StGB nicht als Auslieferungsdelikt: Argentinien (39), Belgien (40), Brasilien (41), El Salvador

- 36 gl.M. Baechler, a.a.O., S. 7, ohne Erklärung und Deschenaux (mündliche Auskunft); a.M. Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Criminalistische Studien, Bd. 7, Basel 1953, S. 301, dessen Begründung sich hingegen vornehmlich auf die kantonalen Kinderraubtatbestände abstützt, welche die unmündigen Kinder beider Geschlechter schützten.
- 37 SR 0.353.1; abgeschlossen am 13.12.1957, für die Schweiz in Kraft getreten am 20.3.1967; vgl. dazu Näheres bei Markees Curt, Die Schweiz und das Europäische Auslieferungsabkommen vom 13. Dezember 1957, in: ZStrR 83 (1967), S. 113ff.
- 38 vgl. § 32 B III 1. und 1.a)
- 39 AV vom 21.11.1906 (SR 0.353.915.4); Art. 2 I Ziff. 12
- 40 AV vom 13.5.1874 (SR 0.353.917.2); Art. 2 I Ziff. 12
- 41 AV vom 23.7.1932 (SR 0.353.919.8); Art. 2 I Ziff. 7

(42), Fidschi (43), Frankreich (44), Grossbritannien (45), Jugoslawien (46), Kenia (47), Malawi (48), Monaco (49), Pakistan (50), Papua-Neuguinea (51), Paraguay (52), Portugal (53), Ruanda (54), Uganda (55), Ungarn (56), Uruguay (57), USA (58) und Tansania (59).

Einige Staatsverträge führen als Auslieferungsdelikt "die Wegnahme von Kindern oder Personen" oder den Kinderraub auf. Bezüglich dieser Staaten wird meines Erachtens das tatbestandsmässige Verhalten gemäss Art. 220 StGB auslieferungsfähig (60), insbesondere weil diese Staaten diese Delikte zusätzlich zum Entführen eines Minderjährigen als auslieferungsfähig bezeichnen. Es handelt sich hierbei um die Abkommen mit: Argentinien (61), Belgien (62), Jugoslawien (63), Paraguay (64), Ruanda (65) und Ungarn (66).

- 42 AV vom 30.10.1883 (SR 0.353.932.3); Art. 1 I Ziff. 8
- 43 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 44 AV vom 9.7.1869 (SR 0.353.934.9); Art. 1 I Ziff. 11
- 45 AV vom 26.11.1880 (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 46 AV vom 28.11.1887 (SR 0.353.981.8); Art. 1 I Ziff. 9
- 47 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 48 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 49 AV vom 10.12.1885 (SR 0.353.956.7); Art. 1 I Ziff. 9
- 50 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 51 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 52 AV vom 30.6.1906 (SR 0.353.963.2); Art. 2 I Ziff. 7
- 53 AV vom 30.10.1873 (SR 0.353.965.4); Art. 3 I Ziff. 8
- 54 AV mit Belgien (vgl. FN. 40 dieses Kapitels) (SR 0.353.917.2); Art. 2 I Ziff. 12
- 55 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 56 AV vom 10.3. 1896 (SR 0.353.941.8); Art. 2 I Ziff. 6
- 57 AV vom 27.2.1923 (SR 0.353.977.6); Art. 2 I Ziff. 8
- 58 AV vom 14.5.1900 (SR 0.353.933.6); Art. 2 I Ziff. 9
- 59 AV mit Grossbritannien (vgl. FN. 45 dieses Kapitels) (SR 0.353.936.7); Art. 2 I Ziff. 10
- 60 vgl. zur Tathandlung § 3
- 61 AV vom 21.11.1906 (SR 0.353.915.4); Art. 2 I Ziff. 11
- 62 AV vom 13.5.1874 (SR 0.353.917.2); Art. 2 I Ziff. 14
- 63 AV vom 28.11.1887 (SR 0.353.981.8); Art. 1 I Ziff. 10
- 64 AV vom 30.6.1906 (SR 0.353.963.2); Art. 2 I Ziff. 7
- 65 AV mit Belgien (vgl. FN. 40 dieses Kapitels) (SR 0.353.917.2.); Art. 2 I Ziff. 14
- 66 AV vom 10.3.1896 (SR 0.353.941.8) Art. 2 I Ziff. 4

Am 1.1.1983 wurde das Auslieferungsgesetz durch das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20.3.1981 (67) abgelöst (68). Die bedeutendste Aenderung im Auslieferungsrecht war der Uebergang vom Enumerationsprinzip zur Generalklausel. Art. 35 IRSG sieht für alle Taten, welche nach dem Recht sowohl der Schweiz als auch des ersuchenden Staates mit einer freiheitsbeschränkenden Sanktion im Höchstmass von mindestens einem Jahr oder mit einer schwereren Sanktion bedroht sind und nicht der schweizerischen Gerichtsbarkeit unterliegen, die Auslieferung vor.

Somit ist die tatbestandsmässige Handlung des Art. 220 StGB, welche eine maximale abstrakte Strafandrohung von drei Jahren Gefängnis vorsieht, grundsätzlich der Auslieferung zugänglich. Ob die gegenseitige Strafbarkeit vorliegt, wird nur anhand des konkreten Sachverhaltes geprüft; nicht verlangt wird, dass ein identischer ausländischer Straftatbestand vorliegt (69).

Hingegen verbietet Art. 35 II IRSG, bei der Beurteilung der Strafbarkeit nach schweizerischem Recht dessen besondere Schuldformen und Strafbarkeitsbedingungen zu berücksichtigen.

Die Ausgestaltung des Art. 220 StGB als Antragsdelikt schliesst die Auslieferung grundsätzlich nicht aus (70). Der Antrag als

67 SR 351.1; abgekürzt IRSG

68 vgl. Näheres zu diesem Gesetz in der bundesrätlichen Botschaft (BB1 1976 II 444ff.) und in der Begleitung des Bundesamtes für Polizeiwesen (VPB 46 (1982) Nr. 68, S. 366ff.); sowie bei: Markees Curt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, Das Bundesgesetz vom 20. März 1981 (IRSG), SJK 421, 421 a und b, 422 und 422 a, Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung 31. August 1982; Schultz Hans, Das neue Schweizer Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, in: ZStrW 96 (1984), S. 595ff.; id., Das neue Schweizer Recht der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, in: SJZ 77 (1981), S. 89ff.; Frei Lionel, Das neue Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen - neue Lösungen und neue Probleme, in: ZStrR 100 (1983), S. 57ff.; Vogler Theo, Rechtsvergleichende Uebersicht, in: ZStrW 96 (1984), S. 615ff.; Trinkler Bruno, Aus der Praxis des Kantons Zürich zur internationalen Rechtshilfe, in: ZStrR 104 (1987), S. 203ff.; VPB 49 (1985) Nr. 23, S. 139ff.; VPB 48 (1984) Nr. 1, S. 17ff.

69 vgl. dazu: Markees, a.a.O., SJK 422, S. 24ff.; BB1 1976 II 461f.; analoge Regelung unter dem AuslG (vgl. Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Criminalistische Studien, Bd. 7, Basel 1953, S. 326)

70 BB1 1976 II 461

Prozesshindernis - und nicht Strafaufhebungsgrund - muss nicht sowohl im ersuchenden als auch im ersuchten Staat vorliegen. Art. 13 I lit. b IRSG legt ausdrücklich fest, dass der bei einer ausländischen Behörde fristgerecht gestellte Strafantrag, wenn er auch nach schweizerischem Recht erforderlich ist, auch für die Schweiz als wirksam angesehen wird (71). Ist das Delikt, aufgrund dessen die Auslieferung verlangt wird, nur nach schweizerischem Recht, nicht hingegen nach dem Recht des ersuchenden Staates, ein Antragsdelikt, so verzichtet auch die Schweiz auf das Vorliegen eines rechtsgültigen Strafantrages (72).

Hingegen ist der nur nach schweizerischem Recht erforderliche Strafantrag zu berücksichtigen, falls die Zusammenarbeit in Form der stellvertretenden Strafverfolgung oder Vollstreckung eines ausländischen Strafentscheides besteht (73).

Die Strafbarkeit des Täters zu Art. 220 StGB nach ausländischem Strafrecht ist davon abhängig, ob der Aufenthaltsstaat des Minderjährigen den schweizerischen Sorgerechts- oder Obhutentscheid anerkennt. Gilt der Täter nach ausländischem Recht trotz gegenteiliger schweizerischer Entscheidung als Inhaber der elterlichen Gewalt oder Obhut, so entfällt seine Strafbarkeit und somit die Möglichkeit, dass er an die Schweiz ausgeliefert wird. Insofern bestimmen das MSA, die bilateralen Abkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen im Bereiche des Zivilrechts (74) oder das interne ausländische Zivilrecht, ob überhaupt eine Entziehung des eigenen Kindes nach ausländischem Strafrecht vorliegt.

Das IRSG ermöglichte erst, dass Art. 220 StGB zu einem Auslieferungsdelikt werden kann, es ist aber zu beachten, dass dieses Gesetz nur angewendet wird, soweit internationale Vereinbarungen nichts anderes bestimmen (Art. 1 I IRSG). Die bilateralen Vollstreckungsabkommen, die mehrheitlich auf dem Enumerationsprinzip aufbauen, geniessen daher den Vorrang (75).

Hingegen erlaubte das IRSG, den zum Europäischen Auslieferungsabkommen (Art. 2 Ziff. 1) gemachten Vorbehalt zurückzuziehen, da

71 Analoge Regelung bereits unter dem AuslG, auch wenn der Antrag teilweise als Strafbarkeitsbedingung betrachtet wurde (vgl. Schultz Hans, Das schweizerische Auslieferungsrecht, Criminalistische Studien, Bd. 7, Basel 1953, S. 336).

72 vgl. auch Vogler, a.a.O., S. 617f. und BGE 99 IV 258

73 Art. 13 II IRSG

74 vgl. zu dieser Problematik § 32 B I und II

75 vgl. dazu § 32 B III 1.b)

nun beide Regelungen hinsichtlich der Auslieferung auf der Generalklausel beruhen (76).

Art. 220 StGB ist heute im Verhältnis zu allen Vertragsstaaten des Europäischen Auslieferungsabkommens Auslieferungsdelikt (77).

Hingegen ist darauf hinzuweisen, dass die meisten Staaten eigene Staatsangehörige nicht ausliefern (78). Dadurch wird die Auslieferungsmöglichkeit hinsichtlich der Entziehung eines unmündigen Kindes gemäss Art. 220 StGB stark eingeschränkt, da die Täter ihre Kinder regelmässig in ihr Heimatland entführen.

Auch wenn mit dem Aufenthaltsstaat, in den der Täter mit dem unmündigen Kind geflüchtet ist, kein Auslieferungsübereinkommen geschlossen wurde, sollte das Begehren um Auslieferung des Täters zu Art. 220 StGB trotzdem gestellt werden, denn allenfalls ist die Auslieferung gestützt auf das nationale ausländische Recht, analog dem IRSG, zulässig.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der zivil- und strafrechtliche Rechtsschutz überaus dürftig ist und in den wenigsten Entführungsfällen dazu beitrug, das entführte Kind dem Obhutberechtigten zurückzugeben. Diese Rechtslage erforderte den Einsatz der Selbsthilfegruppen gegen die Entführung von Kindern geradewegs, da er die letzte Hoffnung der verzweifelten Mütter darstellte, ihr Kind jemals wieder zurückzuerhalten (79).

76 Vorbehalt beseitigt im Bundesbeschluss vom 20.3.1981, Art. 1; vgl. dazu § 32 B III 1.a)

77 Mitgliedstaaten sind: BRD, Dänemark, Finnland, Griechenland, Irland, Island, Israel, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Oesterreich, Schweden, Schweiz, Spanien, Türkei und Zypern

78 Als Beispiele seien genannt: BRD, Dänemark, Finnland, Griechenland, Irland, Island, Liechtenstein, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Oesterreich, Schweden, Schweiz (es sei denn, der Schweizer Bürger erkläre sich gemäss Art. 7 I IRSG schriftlich mit der Auslieferung einverstanden), Spanien und Zypern.

79 Sogar der Bundesrat, insbesondere Frau Bundesrätin Kopp, zeigt Verständnis für diese rechtliche und persönliche Notlage, obwohl er sich vehement von den Aktivitäten dieser Selbsthilfegruppen distanziert (vgl. BBl 1983 I 104 und das von Frau Kopp zu einer Interpellation betreffend Kindesentführungen von Frau Frankhauser im Nationalrat abgegebene Votum: auch sie würde wohl die Hilfe solcher Organisationen in Anspruch nehmen, falls es ihr nicht möglich wäre, auf rechtllichem Weg wieder zu ihrem Kind zu kommen (Tages-Anzeiger, 3. März 1987 und NZZ, 3. März 1987)).

Die intensiven Aktivitäten der Gruppe gegen die Entführung von Kindern und ihr selbstloses Engagement machten die Öffentlichkeit auf diese bis anhin familieninterne Problematik der Kindesentführungen aufmerksam und mobilisierten zahlreiche Kräfte, die sich persönlich, wirtschaftlich oder politisch für die Rückführung der entführten Kinder einsetzten.

Seit 1972 waren auf internationaler Ebene, insbesondere von den Mitgliedstaaten des Europarates und der Haager Konferenz für internationales Privatrecht, Bestrebungen im Gange, die unbefriedigende internationale Rechtslage, welche die Kindesentführungen beherrscht, zu verbessern. 1980 schlugen sich diese Bemühungen in zwei Abkommen nieder: Das Europäische Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts, abgeschlossen in Luxemburg am 20. Mai 1980, und das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, abgeschlossen in Den Haag am 25. Oktober 1980 (80). Unter diesen Umständen sah sich auch der Bundesrat zum Handeln gezwungen. Er versuchte deshalb, das Ratifikationsverfahren für das Europarats- und das Haager Übereinkommen zu beschleunigen (81). Beide Abkommen traten für die Schweiz am 1. Januar 1984 in Kraft (82).

IV. Das europäische und das Haager Übereinkommen im Vergleich

1. Ziele der beiden Abkommen

Das europäische Übereinkommen verfolgt einen doppelten Zweck:

- die Anerkennung und Vollstreckung der Sorgerechtsentscheidung;
- Rückkehr des entführten Kindes zum Sorgeberechtigten.

80 vgl. zur Entstehungsgeschichte dieser beiden Abkommen Raymond Philippe, *Convention de La Haye et Convention de Strasbourg. Aspects comparatifs des conventions concernant l'enlèvement d'un enfant par l'un de ses parents*, in: ZSR N.F. 100 (1981), S. 329ff.

81 BBl 1983 I 109

82 Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (SR 0.211.230.01), im folgenden europäisches Übereinkommen genannt, und das Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02), im folgenden Haager Übereinkommen genannt (vgl. den entsprechenden Vertragsinhalt im Anhang II und III)

Es stellt somit hinsichtlich der Sorgerechtsentscheidung ein Vollstreckungsabkommen dar.

259

Das Haager Uebereinkommen will die sofortige Rückführung des Kindes in seinen bisherigen Aufenthaltsstaat ermöglichen. Es hat den Charakter eines internationalen Rechtshilfeabkommens, das die *restitutio in integrum* bezweckt.

Beide Staatsverträge sichern zudem das Besuchsrecht und tragen somit dem Umstand Rechnung, dass ein Kind vielfach vom Besuchsberechtigten entführt wird, weil ihm die Ausübung dieses Rechts vom Obhutinhaber verweigert wird.

2. Anwendungsbereich dieser Abkommen

Die Uebereinkommen sind anwendbar auf Kinder, die noch nicht sechzehn Jahre alt sind und noch nicht berechtigt sind, ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort selbst zu bestimmen und zudem vor der Verletzung des Sorge- oder Besuchsrechts in einem Vertragsstaat ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort hatten (83).

Das europäische Abkommen setzt die Existenz einer Sorgerechtsentscheidung voraus, unabhängig davon, ob sie von einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde erlassen wurde oder provisorischer oder endgültiger Natur ist (84). Das Haager Uebereinkommen hingegen ist auch ohne das Vorhandensein einer Sorgerechtsentscheidung anwendbar (85).

3. Zentralbehörde

Beide Abkommen verpflichten die Vertragsstaaten, eine Zentralbehörde zu bezeichnen, die auf nationaler und internationaler Ebene die ihr vertraglich zugedachten Funktionen zu erfüllen hat. Ihr Pflichtenheft lässt sich grundsätzlich folgendermassen beschreiben:

- Anträge sichten;
- mit anderen zentralen Behörden kooperieren und die Zusammenarbeit mit den zuständigen nationalen Behörden sicherstellen;
- für die umgehende Anordnung von Massnahmen sorgen.

83 Art. 1 des europäischen Abkommens (abgekürzt eA) und Art. 4 des Haager Uebereinkommens (abgekürzt hA)

84 Näheres in BB1 1983 I 110ff.; bei Reymond, a.a.O., S. 334f. und Deschenaux Bernard, Internationale Kindesentführungen und Mittel, ihnen zu begegnen, in: ZVW 40 (1985), S. 44f.

85 Art. 3 und 21 hA; vgl. auch BB1 1983 I 116; Reymond, a.a.O., S. 334f.; Deschenaux, a.a.O., S. 45

Aufgaben	Europäisches Übereinkommen	Haager Übereinkommen
Zusammenarbeit	Art. 3 Abs. 1	Art. 7
Anwendung des Übereinkommens erleichtern	Art. 3 Abs. 2	Art. 6
Übermittlung von Auskunftersuchen – über hängige Verfahren – über die Rechtslage auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder und deren Entwicklung – über Schwierigkeiten bei der Anwendung des Übereinkommens	Art. 3 Abs. 2 Bst. a Art. 3 Abs. 2 Bst. b Art. 3 Abs. 2 Bst. c	Art. 7 Bst. f Art. 7 Bst. e Art. 7 Bst. i
Entgegennahme von Anträgen	Art. 4 Abs. 1	Art. 8 Abs. 1
Überprüfung der vorgelegten Schriftstücke	Art. 4 Abs. 2 (Art. 13)	Art. 8 Abs. 2
Überprüfung der Antragsbedingungen und Ablehnung des Antrags	Art. 4 Abs. 1	Art. 8 Abs. 1
Weiterleitung des Antrags an die zuständige Behörde	Art. 4 Abs. 3, Art. 5 Abs. 2	Art. 9
Informationspflicht gegenüber dem Antragsteller	Art. 4 Abs. 5	Art. 11 Abs. 2
Andere Aufgaben:		
a. den Aufenthaltsort des Kindes ausfindig machen	Art. 5 Abs. 1 Bst. a	Art. 7 Bst. a
b. das Kind schützen oder schützen lassen (vorsorgliche Massnahmen)	Art. 5 Abs. 1 Bst. b	Art. 7 Bst. b
c. die Vollstreckung erwirken und die Einleitung der notwendigen Verfahren erleichtern	Art. 5 Abs. 1 Bst. c	Art. 7 Bst. f
d. die (freiwillige) Rückgabe des Kindes sicherstellen (sobald die Sorgerechtsentscheidung für vollstreckbar erklärt wurde)	Art. 5 Abs. 1 Bst. d, Art. 8, 9, 10	Art. 7 Bst. c und h (Art. 10), Art. 12 Abs. 1
e. zentrale Behörden und Antragsteller über die Ergebnisse unterrichten	Art. 5 Abs. 1 Bst. e	Art. 11 Abs. 2
f. den Antragsteller bei der Erwirkung einer Sachentscheidung unterstützen oder selbst ein Verfahren einleiten	Art. 5 Abs. 4	Art. 7 Bst. f, Art. 15
g. Ermittlungsgesuche übermitteln und deren Ergebnisse mitteilen	Art. 15 Abs. 3	Art. 7 Bst. d
h. eine Entscheidung über das Besuchsrecht herbeiführen und dessen Ausübung schützen	Art. 11	Art. 7 Bst. f, Art. 21
i. die Gewährung der Rechtshilfe (den Beizug eines Anwalts) erleichtern	Art. 5 Abs. 3	Art. 7 Bst. g, Art. 25
k. die umgehende Rückgabe des Kindes anordnen oder anordnen lassen	Art. 5 Abs. 1 Bst. d, Art. 8 Abs. 2 und 3, Art. 11	Art. 12 Abs. 1 und 2

Diesen Aufgabenbereich übertrug die Schweiz dem Bundesamt für Justiz. Organisatorisch ist die Zentralbehörde der Sektion Internationales Privat- und Zivilprozessrecht angegliedert. Leiter und alleiniger Mitarbeiter dieser Behörde ist Herr Bernard Deschenaux.

4. Besuchsrecht

Mit der Aufnahme des Besuchsrechts in das europäische Übereinkommen werden zwei Ziele verfolgt: Einerseits soll gewährleistet werden, dass sich der Besuchsberechtigte an die für die Ausübung des Besuchsrechts gestellten Bedingungen hält, andererseits soll der Obhutinhaber den Besuchsberechtigten nicht an der Ausübung seines Rechts hindern (87). Art. 11 III dieses Abkommens erfasst zudem den Fall, in dem keine Entscheidung über das Besuchsrecht ergangen ist.

Art. 21 des Haager Übereinkommens verpflichtet die zentralen Behörden, die ungestörte Ausübung des Besuchsrechts sowie die Erfüllung aller Auflagen zu fördern, denen die Ausübung des Besuchsrechts unterliegt. Sie haben Schritte zu unternehmen, um soweit wie möglich alle Hindernisse auszuräumen, die der Ausübung dieses Rechts entgegenstehen (88).

5. Voraussetzungen und Verfahren der Rückgabe des entführten Kindes sowie der Ausübung des verweigerten Besuchsrechts

Ich möchte nur kurz auf die entsprechenden Artikel der beiden Übereinkommen verweisen, da Herr Deschenaux plant, in nächster Zeit eine detaillierte Abhandlung über den Anwendungsbereich, das Verfahren und die mit den beiden Abkommen bis anhin gemachten Erfahrungen zu veröffentlichen.

Die Art. 7 - 12 des europäischen Abkommens regeln die Voraussetzungen der Anerkennung und Vollstreckung der Sorgerechts- resp. Besuchsrechtsentscheidung sowie die zulässigen Gründe dafür, die Rückgabe des Kindes zu verweigern. Das Verfahren wird von den Art. 13 - 16 festgelegt. Entsprechende Regelungen finden sich in den Art. 8 - 21 des Haager Übereinkommens (89).

87 Art. 11 eA; BB1 1983 I 114; vgl. auch Reymond, a.a.O., S. 341 und Deschenaux, a.a.O., S.48f.

88 vgl. auch BB1 1983 I 118f.; Reymond, a.a.O., S. 341 und Deschenaux, a.a.O., S. 49

89 vgl. den Gesetzestext im Anhang II und III

Mit Hilfe dieser beiden Abkommen wird versucht, von verschiedenen Seiten her das Problem der Kindesentführungen in rechtlicher Hinsicht zu meistern. Das europäische Uebereinkommen entspricht dem klassischen Anerkennungs- und Vollstreckungsvertrag, der eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung hinsichtlich der elterlichen Gewalt voraussetzt und die Wiederherstellung des Sorgerechts von der Anerkennung der ausländischen Entscheidung im Zufluchtsstaat abhängig macht, und bewirkt somit eine Rechtseinheit eines spezifischen Institutes.

Das Haager Uebereinkommen bezweckt einzig die Wiederherstellung des Zustandes, der vor der Entführung des Kindes bestand, ohne dass seine Anwendbarkeit vom Vorhanden- oder Nichtvorhandensein einer Sorgerechtsentscheidung abhängt. Durch diese liberale Praxis, die meines Erachtens einen überaus mutigen Schritt auf dem Weg der internationalen Zusammenarbeit darstellt, kann dem Kindeswohl optimal Rechnung getragen werden. Das Kind wird, ohne dass eine Bestätigung der Vollstreckbarkeit eines allenfalls vorliegenden Entscheides abgewartet werden müsste, in seine vertraute Umgebung und in den Schutzbereich des faktischen Obhutinhabers zurückgeführt. Es bleibt zu hoffen, dass diese internationale Toleranz voraussetzende Wirkungsweise die Staaten nicht davon abschreckt, diesem Uebereinkommen beizutreten.

Beide Abkommen gehen dem MSA vor.

Bis heute gilt das Haager Uebereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung zwischen Australien, Frankreich, Grossbritannien und Nordirland, Kanada, Luxemburg, Portugal und der Schweiz.

Mitgliedstaaten des europäischen Uebereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder sind: Belgien, Frankreich, Grossbritannien und Nordirland, Luxemburg, Oesterreich, Portugal, Schweiz, Spanien und Zypern (90).

Das Zusammenspiel beider Abkommen, die verschiedenen Bedürfnissen Rechnung tragen, bietet meines Erachtens die erforderliche Handhabe, um die Interessen des Kindes, des Obhut- und des Besuchsberechtigten optimal zu wahren.

Auf die bereits vor Inkrafttreten dieser Abkommen entführten Kinder finden diese Uebereinkommen keine Anwendung. Es bleibt zu

hoffen, dass sich die Zentralbehörden trotzdem freiwillig um die Rückführung bemühen. Liegt die Entführung hingegen bereits Jahre zurück, lässt sich die erneute Entwurzelung des Kindes nicht mehr mit dem Kindeswohl vereinbaren.

V. Erfahrungen mit den beiden Abkommen

Der Zentralbehörde Schweiz sind ca. 400 Fälle aus der Schweiz entführter Kinder bekannt, die jährlich um ca. 100 weitere Fälle zunehmen (91).

Gemäss Herrn Deschenaux können seit Inkrafttreten dieser beiden Abkommen im Verhältnis zwischen den Vertragsstaaten 90-95% der Fälle gelöst werden. Hingegen gilt zu beachten, dass er nicht nur die Rückführung des Kindes zum Obhutberechtigten als Erfolg bezeichnet; er schliesst die meines Erachtens kaum bezifferbare Abschreckungswirkung, die durch die Ratifikation dieser Uebereinkommen erzeugt wurde, in seine Erfolgsquote mit ein. Die Behörde hat seiner Ansicht nach auch reüssiert, falls zwischen dem Täter und dem Opfer Verhandlungsgespräche stattgefunden haben oder wenn das Kind mit Einverständnis des Obhutberechtigten beim Täter bleibt.

Die Erfolgsquote der gelösten Entführungsfälle ausserhalb der Anwendung der beiden Abkommen beziffert er mit 15-20%.

Im Verhältnis zu Nichtmitgliedstaaten wendet sich die Zentralbehörde an das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten, das sich mit unserer Botschaft im Fluchtstaat in Verbindung setzt. Diese versucht, den Aussenminister des betroffenen Staates zu kontaktieren und um Hilfe zu bitten. Wie vage die Erfolgchance in einem solchen Fall ist, muss nicht betont werden, die Anzahl ungelöster Entführungsfälle spricht meines Erachtens für sich.

Erfreulich sei die Zusammenarbeit mit den Zentralbehörden der anderen Mitgliedstaaten. Leider ist die schweizerische Zentralbehörde nur mit einem Beamten besetzt, obwohl der Bundesrat seit längerer Zeit eine Stellenerweiterung versprochen hat, so dass die der Zentralbehörde obliegenden Aufgaben nur mit Mühe erbracht werden können.

Zur Zeit sind Vertragsverhandlungen im Gange, um den Kreis der

91 Ich möchte mich bei Herrn Deschenaux für seine Gesprächsbereitschaft herzlich bedanken und auf sein Projekt, die Erfahrungen als Leiter der Zentralbehörde zu publizieren, hinweisen.

264 Mitgliedstaaten dieser Uebereinkommen zu erweitern (92). In den Vereinigten Staaten sind die Ratifikationsverfahren bezüglich des Haager Abkommens bereits weit fortgeschritten (93). Da sich bedauerlicherweise die Maghreb-Staaten, die aufgrund ihres patriarchalisch geprägten Kulturdenkens einen Krisenherd hinsichtlich Kindesentführungen darstellen, kaum bewegen lassen werden, einem der beiden Abkommen beizutreten, beabsichtigt der Bundesrat, mit diesen Staaten Gespräche aufzunehmen, um auf den Abschluss bilateraler Abkommen, basierend auf dem Gedankengut des Europäischen und Haager Uebereinkommens, hinzuwirken (94).

VI. Strafbarkeit der Selbsthilfegruppen

Die Aktivitäten der Selbsthilfegruppen werden vom Bundesrat und den Behörden einhellig als widerrechtlich klassiert. Ihre Tätigkeit verstosse gegen Rechtsnormen des Fluchtstaates (95). Ich möchte betonen, dass sich die Gruppe gegen die Entführung von Kindern nie gemäss Art. 220 StGB strafbar macht. Sie setzt sich nur für den Elternteil ein, dem die Obhut gerichtlich oder behördlich zugeteilt worden ist (96).

Bezüglich ausländischer identischer Straftatbestände muss ihre Täterschaft allenfalls bejaht werden, falls der schweizerische Sorgerechtsentscheid vom Fluchtstaat nicht anerkannt wird. Hingegen können die nach ausländischem Recht strafbare Kindesentziehung und andere Handlungen, die sie im Rahmen der Rückführung des Kindes möglicherweise ausführen (97), gerechtfertigt werden, insbesondere durch den Rechtfertigungsgrund der Selbsthilfe (98). Vorausgesetzt ist, dass das ausländische Strafrecht dem schweizerischen Recht analoge Rechtfertigungsgründe kennt. Die schweizerische Strafrechtsauffassung verbietet es aber meines Erachtens, die Tätigkeit der Selbsthilfegruppen a priori als

92 bsp. mit: BRD, Italien, Griechenland, Niederlande, Liechtenstein und der Türkei

93 BBl 1983 I 109

94 vgl. BBl 1983 I 109

95 Auskunft von Herrn Deschenaux, die sich mit der Ansicht der Departementsvorsteherin, Frau Kopp, und dem Bundesrat deckt.

96 Gemäss Auskunft von Frau Monique Werro und Herrn RA Dr. René Müller; vgl. zur potentiellen Täterschaft zu Art. 220 StGB das 2. Kapitel

97 bsp. Verstösse gegen Grenzvorschriften; Hausfriedensbruch; Nötigung; Tätlichkeiten etc.

98 vgl. dazu § 16 - § 21

widerrechtlich zu bezeichnen; vorbehalten bleiben Exzesse, die von keinem Rechtfertigungsgrund mehr abgedeckt werden können. Einen neuen Aspekt hinsichtlich der Beurteilung der Strafbarkeit der Selbsthilfeorganisationen brachte das Inkrafttreten des Europäischen und des Haager Uebereinkommens für die Schweiz. Die Gruppe gegen die Entführung von Kindern kann sich nun im Verhältnis zu den Vertragsstaaten dieser beiden Abkommen, welche die ihnen obliegenden Aufgaben hinsichtlich der Rückführung des entführten Kindes vollumfänglich erfüllen, nicht mehr auf den Rechtfertigungsgrund der Selbsthilfe, die immer subsidiär zu staatlicher Hilfe zu erfolgen hat (99), berufen.

Voreilige, pauschale Werturteile sind aber zu vermeiden. Die Strafbarkeit der Gruppe kann nur anhand des konkreten Sachverhaltes beurteilt werden.

C. Rechtliche Situation bei nationalem Sachverhalt

Der Straftatbestand des Art. 220 StGB als solcher und die dazu entwickelte Bundesgerichtspraxis, die teilweise zu undifferenziert und unklar oder gar widersprüchlich ist, weisen Mängel auf, die meines Erachtens eine Teilrevision dieser Strafnorm erforderlich machen. Geprüft werden muss eine Neuerung hinsichtlich des zu schützenden Rechtsgutes (100), des Tatsubjektes (101), der Tathandlung (102) und des Täterkreises (103).

Für die spezifische Kritik und die detaillierten Vorschläge verweise ich auf den 1. Teil und auf das 2. Kapitel "Ersatzloses Streichen oder Revision des Art. 220 StGB?" des 2. Teils dieser Arbeit.

- 99 vgl. § 21
- 100 vgl. dazu § 1 A IV und B III
- 101 vgl. dazu § 2
- 102 vgl. dazu § 3
- 103 vgl. dazu die §§ 4 - 7

§ 33 Streichen des Art. 220 StGB?

Strafbares Verhalten setzt die Gefährdung oder Verletzung eines schützenswerten Rechtsgutes voraus. Welche Rechtsgüter den strafrechtlichen Schutz verdienen oder dessen bedürfen, ist eine Frage der ethisch-moralischen Wertung. Das Strafgesetzbuch widerspiegelt insofern die Wertordnung unserer Gesellschaft. Art. 220 StGB schützt das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers als Kern und Voraussetzung der elterlichen Gewalt. Dieses elterliche Pflichtrecht ist nicht Selbstzweck als Ausfluss der Persönlichkeit der Eltern, sondern vornehmlich auf das Kindeswohl ausgerichtet. Würde Art. 220 StGB aufgehoben, so entfielen nicht nur der strafrechtliche Schutz des Obhutinhabers, sondern auch die Gewährleistung des Anspruches des unmündigen Kindes auf die Fürsorge, die ihm durch den Obhutinhaber zukommt. Diese Konsequenz lässt sich meines Erachtens in keiner Weise mit dem Kindeswohl als Maxime des Rechts vereinbaren.

Zudem widerspräche das ersatzlose Streichen des Art. 220 StGB den internationalen Bestrebungen, dem Kindeswohl bei Rechtsanwendung und Rechtsetzung einen grösseren Stellenwert einzuräumen; besonders nachteilig würde sich dies auf die Anwendbarkeit des Europäischen Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts (1) und das Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführungen (1) auswirken: die Rückführung des Kindes nach Massgabe dieser Abkommen setzt ein widerrechtliches Entziehen oder Vorenthalten voraus; Art. 15 des Haager Übereinkommens ermächtigt die Gerichte oder Behörden des ersuchten Staates, einen Nachweis über die Widerrechtlichkeit des Verbringens oder Zurückhaltens des Kindes vom Staat des gewöhnlichen Aufenthaltsortes des Kindes zu verlangen. Fehlt ein Straftatbestand in der Art des Art. 220 StGB, fällt es schwer, die Widerrechtlichkeit (2) nachzuweisen.

1 vgl. dazu § 32 B IV und Anhang II und III

2 Existenz und Umfang

Auch kriminalpolitische Erwägungen, dass mit diesem Tatbestand der Täter, der mit dem Kind ins Ausland flüchtet, nicht erfasst werden könne, rechtfertigen die Aufhebung des Art. 220 StGB in keiner Weise. Es geht nicht an, aufgrund faktischer und internationalrechtlicher Schwierigkeiten bei der Durchsetzung eines Tatbestandes zu resignieren. Vielmehr gilt es, mit dem Strafgesetzbuch eine Wertskala bezüglich der Schutzobjekte aufzustellen, welche dem Stellenwert, der einem Rechtsgut in der Rechtsordnung generell beigemessen wird, entspricht. Zusätzlich darf die präventive Wirkung einer Strafnorm im Sinne des Art. 220 StGB nicht unterschätzt werden (3).

Auch dem Argument, dieser Tatbestand greife in unzulässiger Weise in die Intimsphäre der Familie ein, muss widersprochen werden. Allen Delikten gegen die Familie liegt ein interner Konflikt zugrunde, der infolge höherrangiger Interessen vom Strafrichter zu beurteilen ist. Das Antragserfordernis trägt der zu postulierenden Subsidiarität staatlichen Eingreifens genügend Rechnung und hilft, Entartungen vorzubeugen. Der weit gefasste Strafraum des Art. 220 StGB (4) vermittelt zudem einen grossen richterlichen Spielraum, um dem Einzelfall gerecht zu werden. Art. 292 StGB (5) kann zwar als Schutzmechanismus wirken, ist aber als Ersatz des Art. 220 StGB ungenügend. Jene Strafnorm ist ineffizient, weil die Strafbarkeit eine Verfügung, die mit der Strafdrohung versehen ist, voraussetzt. Sie kann zudem nicht Platz greifen, wenn der Täter zu Art. 220 StGB nicht bekannt ist (6). Der subsidiäre Charakter des Art. 292 StGB und sein untergeordneter Stellenwert, im Sinne einer Ordnungsvorschrift, tragen dem Art. 220 StGB zugrundeliegenden Gedankengut zu wenig Rechnung. Zusätzlich ermöglicht die gelockerte Bindung des Strafrichters an die mit der Ungehorsamstrafe versehene Verfügung eine doppelte Ueberprüfung, welche die Durchsetzbarkeit des Aufenthaltsbestimmungsrechts beschränkt oder zumindest verzögert (5).

Auch eine Subsumtion der Kindesentziehung unter den diesbezüglich zu modifizierenden Art. 183 StGB (7) widerspricht der ratio legis des Art. 220 StGB und der Gesetzessystematik. Geschützt

3 vgl. auch die bundesrätliche Botschaft über die Aenderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, Separatdruck, S. 51

4 vgl. dazu § 27

5 Näheres zu Art. 292 StGB in § 35 E

6 Der Verfügungsadressat ist unbekannt.

7 vgl. dazu § 29

ist nicht die Bewegungsfreiheit des Kindes, sondern das Aufenthaltsbestimmungsrecht des Obhutinhabers und mittelbar der Anspruch des Kindes auf Fürsorge (8). Diesen Intentionen könnte der Tatbestand der Freiheitsberaubung und Entführung zu wenig entsprechen, insbesondere weil der Einwilligung des über 16-jährigen urteilsfähigen Kindes tatbestandsausschliessende Wirkung zukommt.

Zudem verschafft ein Kindesentziehungstatbestand gemäss Art. 220 StGB dem zivilrechtlichen Schutz des Aufenthaltsbestimmungsrechts des Obhutinhabers, dessen Durchsetzbarkeit mit Schwierigkeiten verbunden ist (9), mehr Achtung und bietet oft die einzige Handhabe gegen das widerrechtliche Entziehen oder Vorenthalten eines unmündigen Kindes.

Aufgrund dieser Erwägungen ist es meiner Meinung nach nicht zu verantworten, Art. 220 StGB aufzuheben (10).

§ 34 Teilrevision des Art. 220 StGB

A. Vorentwurf der Expertenkommission für die Revision des Strafgesetzbuches (11)

Die Expertenkommission schlug folgende Formulierung von Art. 220 StGB vor:

Wer, ohne Inhaber der elterlichen Gewalt zu sein, eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt dauernd entzieht, wird auf Antrag, mit Gefängnis oder Busse bestraft.

Die vorgeschlagenen Neuerungen betreffen den Täterkreis und die Tathandlung des Art. 220 StGB.

Neu soll nur noch als Täter in Betracht kommen, wer nicht Inhaber der elterlichen Gewalt ist. Somit wäre die Täterschaft des

8 vgl. zum geschützten Rechtsgut § 1 A IV und B III

9 vgl. zu den Schwierigkeiten der Vollstreckung des Besuchsrechts oder des Urteils hinsichtlich der Zuteilung der elterlichen Gewalt § 35 F

10 Im Rahmen der Revisionsarbeit hinsichtlich Art. 220 StGB unterlag ein diesbezüglicher Antrag eines Kommissionsmitgliedes mit 9 zu 6 Stimmen (vgl. zur Kommission FN. 11 dieses Kapitels).

11 1971 beauftragte das EJPD diese Kommission unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Dr. h.c. Hans Schultz, die Revision der Bestimmungen des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs etappenweise zu prüfen. 1977 reichte sie ihren Bericht und Vorentwurf ein (die Mitglieder der Expertenkommission sind aufgelistet in der bundesrätlichen Botschaft, op.cit., S. 9 FN. 1).

Mitinhabers der elterlichen Gewalt gegenüber dem Obhutinhaber ausgeschlossen. Damit würde aber ausgerechnet der häufigste Fall der Kindesentziehung straflos.

Die Expertenkommission begründet diese Beschränkung des Täterkreises folgendermassen: Das Strafverfahren hinsichtlich Art. 220 StGB soll nicht als Kampfmittel im Eheschutz-, Ehetrennungs- oder Ehescheidungsverfahren eingesetzt werden können; auch Besuchsrechtsstreitigkeiten sollen nicht auf dem Wege der Strafverfolgung ausgetragen werden; zudem widerspräche die durch bundesgerichtliche Rechtsprechung erfolgte Ausdehnung der potentiellen Täterschaft auf den Inhaber der elterlichen Gewalt den ursprünglichen Intentionen des Gesetzgebers.

Ich möchte vorerst kurz zum letzten Argument Stellung beziehen. Auch wenn sich die ursprünglichen Absichten des Gesetzgebers hinsichtlich Art. 220 StGB nicht mit der heutigen Rechtsprechung decken sollten (12), ist die richterliche Konkretisierung einer Norm und Rechtsfortbildung, insbesondere wenn der Straftatbestand auslegungsbedürftig ist oder Lücken aufweist (13), nicht nur zulässig, sondern auch von Art. 1 II ZGB geboten. Zudem erstaunt der Gedanke, im Rahmen einer Revisionsarbeit zu Art. 220 StGB den vermeintlichen status quo von 1942 wiederherstellen zu wollen.

Heute wird Art. 220 StGB meiner Meinung nach nicht als Kampfmittel benutzt, sondern verhilft der bezüglich der Zuteilung der Obhut ergangenen Entscheidung, die unter der Berücksichtigung des Kindeswohles gefällt wurde, zum Durchbruch und zur nötigen Akzeptanz. In diesem Zusammenhang und in Kenntnis der tragischen Umstände, denen der Obhutinhaber ausgesetzt wird, dessen eigenes Kind ins Ausland verschleppt wird, von einer Strafnorm als Kampfmittel zu sprechen, geht fehl.

Wer gegen die richterliche oder behördliche Regelung verstösst, indem er sich des Kindes bemächtigt, verletzt nicht nur die

12 Die subjektiv-historische Auslegung anhand der Materialien führt m.E. zu keinem klaren Ergebnis, sondern lässt auch die gegenteilige Ansicht zu (vgl. dazu § 6).

13 Der Gesetzgeber von 1937 war sich wohl keineswegs bewusst, dass die strafbare Handlung des Art. 220 StGB vornehmlich zwischen Ehegatten zum Tragen kommen würde, da in jener Zeit der den Kindesentführungen zugrundeliegende Sachverhalt (gemischt-nationale Ehen; immense Scheidungsquoten; zunehmendes Begehren der Männer auf Zuteilung der eigenen Kinder; annähernd grenzenlose Mobilität infolge der technischen Errungenschaften; zunehmender Egoismus und Intoleranz im menschlichen Denken etc.) weitgehend unvorstellbar war.

Rechte des Obhutinhabers, sondern schadet dem Kind intensiv. Dessen Interesse an der Stabilität der Verhältnisse (14) muss auch gegenüber dem uneinsichtigen, meist egoistisch handelnden Elternteil strafrechtlich Geltung verschafft werden können. Eine abweichende strafrechtliche Behandlung - sprich Straflosigkeit - des Inhabers der elterlichen Gewalt nur aufgrund seiner Rechtsstellung (15) lässt sich mit dem Kindeswohl keineswegs vereinbaren und widerspricht dem Gedanken der Rechtsgleichheit: sein Verhalten ist nicht weniger verwerflich und schädlich wie das des Elternteils ohne elterliche Gewalt oder des Dritten, die strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollen (16). Zudem würde die Straflosigkeit den Glauben an die Rechtsordnung schwächen: die Missachtung eines autoritativen Obhutentscheides, der aufgrund und nach Massgabe des Kindeswohles gefällt wurde, bleibt ohne strafrechtliche Sanktion und der Obhutinhaber schutzlos.

Die Straflosigkeit des Inhabers der elterlichen Gewalt setzt sich auch in Widerspruch zu den internationalen Bestrebungen, die Kindesentführungen zwischen Elternteilen zu verhindern und die erfolgte Tat nicht infolge der Verschiedenartigkeit der Rechtskreise durch Machtlosigkeit zu begünstigen (17).

Die von der Expertenkommission vorgeschlagene Fassung des Art. 220 StGB lässt hingegen die Täterschaft des Inhabers der vormundschaftlichen Gewalt zu. Meines Erachtens wollten die Experten sicherlich keine Diskrepanz zum Inhaber der elterlichen Gewalt schaffen (18). Ihnen entging lediglich, dass auch der Vormund gegenüber dem Mitvormund (19) oder der Vormundschaftsbehörde (20) als Täter in Betracht zu ziehen ist.

Der Ausschluss der Täterschaft des Inhabers der elterlichen Gewalt hinsichtlich Art. 220 StGB stiess im Vernehmlassungsverfahren und beim Bundesrat (21) auf Widerstand.

14 betreffend Bezugsperson, Wohn- und Schulort, Freundeskreis etc.

15 vgl. zur Rechtsstellung des Inhabers der elterlichen Gewalt ohne Obhut § 1 A III und § 6

16 vgl. auch die zur Aenderung der Rechtsprechung hinsichtlich des Täterkreises zu Art. 220 StGB gemachten Ausführungen im 2. Kapitel

17 vgl. dazu § 32

18 redaktionelles Versehen

19 vgl. dazu § 6 E

20 vgl. dazu § 6 F

21 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 51f.; a.M. Stratenwerth, BT II, S. 98

Die zweite vorgeschlagene Erneuerung betrifft die tatbestandsmässige Handlung des Art. 220 StGB. Strafbar soll nur sein, wer das unmündige Kind dauernd entzieht. Das Vorenthalten bleibt straflos.

Diese Aenderung wurde beantragt, um strafbares Verhalten besser von straflosen Hilfeleistungen abgrenzen zu können. Die Experten hatten den vielfach kritisierten BGE 99 IV 266ff. (22) vor Augen, in dem auch das kurzfristige Beherbergen oder Verköstigen eines Jugendlichen als Vorenthalten im Sinne des Art. 220 StGB gewertet wurde. Die Experten wollten durch ihre Modifikation verhindern, dass Art. 220 StGB auf solche Fälle Anwendung findet.

Meines Erachtens ist eine solche Aenderung nicht nötig, da auch mit der heutigen Fassung des Art. 220 StGB eine subtile Wertung vorgenommen werden kann. Das Beherbergen und Verköstigen eines unmündigen Kindes sind straflose Handlungen, auch wenn Art. 220 StGB das Entziehen und Vorenthalten unter Strafe stellt (23). Diese Neufassung bewirkt im Gegenteil eine unerwünschte Beschränkung des strafbaren Verhaltens: Das Erfordernis, dass das Kind dauernd entzogen sein müsse, verhindert ein rasches Eingreifen der Behörden, wenn der Täter im Begriff ist, die Schweiz mit dem Kinde zu verlassen; sie dürfen erst eingreifen, wenn genügend Verdachtsmomente für einen auf dauerndes Entziehen gerichteten Vorsatz vorliegen, dessen Beweis faktisch beinahe nicht erbracht werden kann. "Einzugreifen, bevor der Täter mit den Kindern die Schweiz verlassen hat, ist jedoch entscheidend. Sind die Kinder einmal im Ausland, ist es trotz Ausschöpfung der Möglichkeiten internationaler Rechtshilfe äusserst schwierig, sie wieder zurückzuführen" (24).

Die Experten wollten mit der Beschränkung der Tathandlung auf dauerndes Entziehen zudem verhindern, dass Streitigkeiten über die Ausübung des Besuchsrechts via Art. 220 StGB auf dem Wege des Strafprozesses ausgetragen würden. Aber gerade die Ausübung des Besuchsrechts muss meines Erachtens von diesem Artikel gewährleistet werden, weil der zivilrechtliche Schutz grössten-

22 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kt. Zürich; vgl. die Ausführungen in § 3 A

23 vgl. das Lösungsschema in § 3 A III 2.

24 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 52

teils versagt (25). Viele Kinder werden entführt, weil dem Täter die Ausübung seines Besuchsrechts verweigert wurde, ohne dass er sich zivilrechtlich zur Wehr setzen konnte. Hingegen erfolgen auch die meisten Kindesentführungen während der Ausübung des Besuchsrechts. Diese Fälle könnten strafrechtlich nicht mehr erfasst werden, weil der Täter die Kinder nicht entzieht (26), sondern nach Ablauf der Besuchszeit lediglich vorenthält. Bleibt das Vorenthalten unmündiger Kinder straflos, entfällt ein Hauptanwendungsbereich, in dem der strafrechtliche Schutz Platz greifen muss und die Wirksamkeit des Art. 220 StGB wird empfindlich herabgesetzt.

Im Vernehmlassungsverfahren übten dann auch zahlreiche Stimmen Kritik am Erfordernis der dauernden Entziehung und teilweise auch hinsichtlich der ersatzlosen Streichung des Vorenthalten, die der Bundesrat in seinem Entwurf berücksichtigte (27).

B. Entwurf des Bundesrates (28)

Der Bundesrat beantragt folgende Formulierung des Art. 220 StGB: Wer eine unmündige Person dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben, wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft (29).

Als einzige materielle Aenderung wird die Tathandlung des Vorenthalten durch die Wendung "sich weigert, sie ihm zurückzugeben" ersetzt.

Diese inhaltliche Neuerung soll den Tatbestand beschränken, um die in BGE 99 IV 266ff. (30) erfolgte Rechtsprechung zu korrigieren. Es soll nicht kriminalisiert werden, "wer aus Hilfsbereitschaft und Mitgefühl Jugendliche aufnimmt, die z.B. vor zerrütteten Verhältnissen im Elternhaus geflüchtet sind oder sich

25 Näheres in § 6 C, § 34 C und § 35 F

26 Er hat sie während der eingeräumten Besuchszeit rechtmässig bei sich, es sei denn, er verstösse gegen festgelegte Modalitäten hinsichtlich der Ausübung des Besuchsrechts.

27 vgl. dazu sub B

28 Botschaft über die Aenderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985 (Seperatdruck)

29 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 101

30 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich; vgl. Näheres in § 3 A

aus andern Gründen in einer Notsituation befinden" (31). Hingegen wollte sich der Bundesrat nicht dem Expertenentwurf (32) anschliessen, der das Vorenthalten aus dem Tatbestand des Art. 220 StGB strich. Der Gewaltinhaber ist strafrechtlich zu schützen, "wenn das "Vorenthalten" gewissermassen ein aktives Tun des Täters und deshalb dem strafbaren "Entziehen" vergleichbar ist" (33). Vom Täter wird nebst dem Gewähren von Kost und Logis eine zusätzliche Beeinflussung verlangt, die in letzter Konsequenz auf ein Zurückhalten der unmündigen Person hinausläuft. "Wer sich weigert, den Unmündigen seinen Eltern, einem Elternteil oder dem Vormund zurückzugeben, bringt in jedem Fall klar zum Ausdruck, dass er selbst mit Wissen und Willen aktiv daran beteiligt ist, den unrechtmässigen Zustand des Entzogen-seins aufrecht zu erhalten" (34).

Meines Erachtens ist eine Neuformulierung der Tathandlungen des Art. 220 StGB nicht erforderlich, da bereits heute den vorgebrachten Bedenken der Expertenkommission und des Bundesrates vollumfänglich Rechnung getragen werden kann (35).

Der Bundesrat sah davon ab, den Täterkreis auf Personen zu beschränken, die nicht Inhaber der elterlichen Gewalt sind. wie es die Expertenkommission beantragt hatte (36).

Am 4. Mai 1987 überwies die vorberatende Kommission des Ständerates nach insgesamt neun Sitzungen den bundesrätlichen Entwurf zur Strafgesetzbuchrevision an den Rat. Der Teil A der Revisionsarbeiten (Allgemeine Bestimmung; strafbare Handlungen gegen Leib und Leben und gegen die Familie) wurde mit 11 zu 0 Stimmen bei einer Enthaltung genehmigt (37).

Am Dienstag, 16. Juni 1987, begann der Ständerat mit der Eintretensdebatte zur Strafgesetzsrevision (38). Am folgenden Tag verabschiedete er mit 35 zu 0 Stimmen die Revision des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes im Bereich der strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben und gegen die Familie (39). Der bundesrätliche Entwurf des Art. 220 StGB wurde vom Ständerat unverändert genehmigt.

31 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 50

32 vgl. § 34 A

33 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 50f.

34 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 51

35 vgl. dazu § 3 A III 2.

36 vgl. § 34 A

37 vgl. Neue Zürcher Zeitung, Mittwoch, 6. Mai 1987 (Nr. 103), S. 33 und Tages-Anzeiger, Mittwoch, 6. Mai 1987, Frontseite und S. 7

38 Tages-Anzeiger, Mittwoch, 17. Juni 1987, S. 9

39 Tages-Anzeiger, Donnerstag, 18. Juni 1987, S. 9

Ich schlage folgende Neufassung des Art. 220 StGB vor:

Wer eine unter 18-jährige oder entmündigte Person dem Inhaber der Obhut entzieht oder sich weigert, sie ihm zurückzugeben, wird, auf Antrag, mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Ebenso wird bestraft, wer dem Berechtigten die Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr mit dem unter 18-jährigen Kind vereitelt.

I. Geschütztes Rechtsgut

Meines Erachtens muss in einer revidierten Fassung des Art. 220 StGB ganz klar zum Ausdruck kommen, dass nicht die gesamte, alle Teilkomponenten umfassende, elterliche Gewalt strafrechtlichen Schutz erfährt, sondern nur die Obhut als Kern und Voraussetzung dieses Pflichtrechtes. Die Rechtssicherheit und die zu erstrebende Klarheit einer Norm fordern die Kodifikation der diesbezüglichen Rechtsprechung (40).

Zusätzlich möchte ich den strafrechtlichen Schutz - der heute bereits teilweise gewährt wird - auf den Obhutinhaber ohne restliche elterliche Gewalt ausdehnen, da dessen Rechtsstellung und Funktion derjenigen des Obhutinhabers mit restlicher elterlicher Gewalt entsprechen. Die gleiche Interessenlage und das Kindeswohl verlangen die strafrechtliche Gleichstellung der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts über das unmündige Kind (41). Im Vernehmlassungsverfahren wurde ebenfalls angeregt, das Entziehen der "blossen" Obhut unter Strafe zu stellen. Meiner Meinung nach interpretierte der Bundesrat diese Forderung falsch (42). Es gilt nicht, die Ausübung der Obhut, die oft Pflege- oder Stiefeltern obliegt (43), zu schützen, sondern einzig den Inhaber der Obhut. Das von Kantonen und Interessenverbänden teilweise gestellte Begehren, Art. 305 StGB mittels Revision auch auf jugendstrafrechtliche Massnahmen im Sinne der Art. 84f.

40 Näheres in § 1 A IV und B III

41 vgl. die Ausführungen in § 1 A IV 3.c)

42 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 52

43 vgl. zur Rechtsstellung der Pflege- und Stiefeltern § 1 A II 4. und 5., A III 2.e) und § 6 D III 3. und 4.

und 91f. StGB anzuwenden, um die strafrechtliche Vakanz zu beseitigen (44), wurde vom Bundesrat abgelehnt: "Wir verzichten jedoch darauf, da Art. 305 StGB die staatliche Rechtspflege schützt, während das von Artikel 220 StGB geschützte Rechtsgut die elterliche oder vormundschaftliche Gewalt über die Unmündigen ist" (45). Der Einwand der Verschiedenartigkeit der zu sichernden Rechtsgüter könnte hingegen mit der Revision des Art. 220 StGB, durch die der Rechtsschutz auf den Obhutinhaber ohne restliche elterliche Gewalt ausgedehnt wird, entkräftet werden, da sich dadurch eine diesbezügliche Neufassung des Art. 305 StGB erübrigt.

Des weiteren möchte ich aus rechtlichen und faktischen Gründen das Besuchsrecht generell als Schutzobjekt in diesen Straftatbestand aufnehmen. Viele Kindesentführungen werden begangen, weil der Obhutinhaber dem besuchsberechtigten Elternteil die Ausübung seines behördlich, gerichtlich oder vertraglich eingeräumten Rechts vereitelt. In der Rechtsprechung wird schon heute Art. 220 StGB auf den Mitinhaber der elterlichen Gewalt, der in der Ausübung seines Besuchsrechts vom Obhutinhaber gehindert wird, angewendet, nicht aber auf den besuchsberechtigten Elternteil ohne elterliche Gewalt. Wiederum sprechen die analoge Interessenlage und das Gebot der Rechtsgleichheit für die strafrechtliche Gleichbehandlung der Besuchsberechtigten (46).

Der Bundesrat hingegen sah keine Notwendigkeit, auch das Besuchsrecht des Elternteils ohne elterliche Gewalt durch Art. 220 StGB besonders zu schützen, wie auch im Vernehmlassungsverfahren vereinzelt verlangt wurde, da seiner Meinung nach Art. 292 StGB zur Durchsetzung dieses Rechts genüge (47).

Ich kann mich seiner Ansicht nicht anschliessen, da dem Art. 292 StGB eine subsidiäre Funktion und ein anderer Stellenwert als Art. 220 StGB zukommt (48). Zudem fordern meines Erachtens die internationalen Bestrebungen, die Kindesentführungen zu verhindern, indem das Besuchsrecht des gewaltlosen Elternteils ebenfalls eingeräumt, anerkannt und vollstreckt werden soll (49), einen nationalen strafrechtlichen Schutz des Besuchsrechts.

44 vgl. zu Art. 305 StGB § 1 A IV 3.c) und § 31 A

45 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 52

46 Näheres in § 1 A IV und § 6 C II

47 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 52

48 vgl. auch § 33 und § 35 E

49 vgl. dazu § 32 B IV

Heute wird dem Kind bis zu seiner Mündigkeit mittelbarer Schutz durch Art. 220 StGB gewährt (50).

Es stellt sich die Frage, ob das Schutzzalter nicht reduziert werden müsste, um der Selbständigkeit des Kindes Rechnung zu tragen. Auch die Expertenkommission erwog, das Alter auf 16 Jahre herabzusetzen. Ein diesbezüglicher Antrag unterlag aber mit 12 zu 3 Stimmen. Einerseits wurde die Altersgrenze als zu tief empfunden, da hinsichtlich der Bestimmung des Aufenthaltsortes die genügende Reife des Kindes bezweifelt wurde, andererseits wollte man eine Diskrepanz zwischen der zivilrechtlichen Dauer der elterlichen Gewalt und deren strafrechtlichen Schutz vermeiden.

Ich bin der Ansicht, dass sich eine Herabsetzung des Schutzzalters auf 18 Jahre rechtfertigen lässt. Vom 16. Altersjahr an sind die Jugendlichen hinsichtlich der Religionsfreiheit grundrechtsmündig (51), und vom 18. Lebensjahr an geniessen sie in zahlreichen Kantonen die politischen Rechte auf Kantons- und Gemeindeebene. Die ihnen in diesen Bereichen supponierte Urteilsfähigkeit muss sich auch auf die Bestimmung ihres Aufenthaltsortes erstrecken. Die Entziehung eines über 18-jährigen Kindes oder das Vorenthalten kann schwer gegen dessen Willen durchgeführt werden. Meines Erachtens benötigt es den mittelbaren strafrechtlichen Schutz des Art. 220 StGB nicht mehr; wird es gegen seinen Willen entführt, greifen die Art. 183ff. StGB Platz.

Die dadurch entstehende Abweichung zur zivilrechtlichen Dauer der elterlichen Gewalt schafft keine faktischen Schwierigkeiten oder Nachteile (52), sondern entspricht der Rechtsnatur dieses Pflichtrechtes, dessen Inhalt sich mit zunehmendem Alter des Kindes stetig vermindert.

Zusätzlich möchte ich infolge der Zielkongruenz der Rechtsinstitute - elterliche Gewalt über unmündige und vormundschaftliche Gewalt über entmündigte Personen - den strafrechtlichen Schutz des Art. 220 StGB auf entmündigte Personen ausdehnen (53). Bis anhin war zwar noch nie die Entziehung oder das Vor-

50 vgl. § 1 A IV, § 2, § 7 und § 14

51 Art. 49 III BV

52 vgl. das unterschiedliche Schutzzalter in den kt. Kinderraubtatbeständen und die deutsche Strafrechtsslage vor Inkrafttreten der neuen Regelung des Mündigkeitsalters (vgl. Näheres in § 2)

53 vgl. die Ausführungen in § 2 B

enthalten einer entmündigten Person zu beurteilen, aber der Gesetzgeber hat meines Erachtens planend und präventiv zu wirken.

III. Tathandlungen

Nach meinem Dafürhalten drängt sich eine Revision hinsichtlich der in Art. 220 StGB beschriebenen Tathandlungen nicht auf, da bereits heute strafbares von ethisch und rechtlich gebotenem Handeln abgegrenzt werden kann (54). Es scheint aber ein Bedürfnis zu sein, diese Abgrenzung sprachlich noch klarer auszudrücken (55). Ich schliesse mich daher dem bundesrätlichen Entwurf an, in dem das Vorenthalten durch die Wendung "sich weigert, sie ihm zurückzugeben" ersetzt wird (56).

Auf keinen Fall aber darf das Vorenthalten als tatbestandsmässige Handlung ersatzlos gestrichen werden. Die meisten Kindesentführungen finden während der Ausübung des Besuchsrechts statt. Innerhalb dieser Periode hat der Besuchsberechtigte das Kind rechtmässig bei sich (57), so dass keine Entziehung vorliegt. Bleibt das Vorenthalten straflos, so entgeht dem Obhutinhaber der strafrechtliche Schutz, der Hand bietet, das Kind wieder zu ihm zurückzuführen.

IV. Täterkreis

Bezüglich des Täterkreises muss die vom Bundesgericht entwickelte Praxis weiterhin Geltung beanspruchen, um Art. 220 StGB nicht vom häufigsten Anwendungsbereich - Kindesentführung durch einen Elternteil - auszuschliessen (58).

Würde die Täterschaft des Mitinhabers der elterlichen Gewalt ausgeschlossen, bliebe dem Obhutinhaber mangels staatlichen Schutzes einzig die verpönte Selbsthilfe, um sein Kind wieder zurückzuholen.

54 vgl. § 3 A III 2.

55 vgl. den Entwurf der Experten und des Bundesrates in § 34 A und B

56 bundesrätliche Botschaft, op.cit., S. 101

57 Es sei denn, er verstosse gegen die ihm zur Ausübung des Besuchsrechts auferlegten Bedingungen etc. (vgl. auch § 22 A I).

58 Vgl. zum Täterkreis das 2. Kapitel (§§ 4 - 7); m.E. ist auch Täter, wer die vertraglich oder faktisch eingeräumte Obhut oder das vereinbarte Besuchsrecht verletzt (vgl. dazu § 6 B und C).

Trotz des Begehrens der Selbsthilfegruppen gegen die Entführung von Kindern, Art. 220 StGB in ein Officialdelikt umzuwandeln (59), möchte ich am Antragserfordernis festhalten. Die Motive, die Familiendelikte als Antragsdelikte auszugestalten, gelten auch hinsichtlich Art. 220 StGB. Dem Verletzten soll durch die Einleitung der Strafverfolgung ex officio nicht noch mehr geschadet werden als er es bereits durch die Tat selbst ist. Daher ist ihm die Entscheidung zu überlassen, ob er den familien-internen Sachverhalt dem Gericht und somit der Öffentlichkeit zur Beurteilung unterbreiten will. Speziell bei den Art. 220 StGB zugrundeliegenden Sachverhalten drängt sich ein Entscheidungsrecht des Verletzten auf. Er hat abzuwägen, ob er die Strafverfolgung gegen den Ehe- oder Ex-Ehegatten initiieren will oder aber im konkreten Fall persönliche Interessen oder das Kindeswohl gegen die Einleitung eines Strafverfahrens sprechen (60).

Da Art. 220 StGB auch als Antragsdelikt der Auslieferung zugänglich ist, entfällt ein weiteres Argument für die Umgestaltung in ein Officialdelikt.

Die von den Mitgliedern der Selbsthilfegruppen und den Betroffenen vorgebrachte Begründung, einem Officialdelikt werde von den Behörden mehr Gewicht eingeräumt, ist sicherlich nicht von der Hand zu weisen. Hingegen bin ich der Ansicht, dass durch die Aktivitäten und die Öffentlichkeitsarbeit der Selbsthilfegruppen, insbesondere die zahlreichen kritischen Zeitungsartikel über die nachlässige Haltung und mangelnde Kooperation der Behörden, die Öffentlichkeit und die Behörden selbst bezüglich Kindesentführungen sensibilisiert wurden. Ich glaube, oder wage zumindest zu hoffen, dass das Begehren des Verletzten, einen Strafantrag bezüglich Art. 220 StGB zu stellen, heute nicht mehr als Ueberreaktion oder Hysterie des Betroffenen gewertet wird.

VI. Abstrakte Strafandrohung

Die Zuordnung des Art. 220 StGB zu den Vergehen, die mit Gefängnis oder Busse bedroht sind, scheint mir angemessen. Der weite Strafraum ermöglicht dem Richter, dem Einzelfall optimal Rechnung zu tragen (61).

59 Auskunft von Frau Monique Werro und RA Dr. René Müller

60 Ein gestellter Strafantrag kann den Täter davon abhalten, mit dem entführten Kind wieder in die Schweiz zurückzukehren.

61 vgl. dazu § 27

Die Verschiedenartigkeit der Sachverhalte und die individuellen Beziehungen zwischen den Betroffenen machen es unmöglich, eine allgemein gültige Lösung bereitzustellen. Es können daher lediglich Ansätze aufgezeigt werden, die allenfalls dazu beitragen, eine Entführung des Kindes durch einen Elternteil zu verhindern. Schwierigkeiten treten zusätzlich dadurch auf, dass die für die Anordnung der Massnahmen vorausgesetzte Entführungsgefahr oft nicht hinreichend glaubhaft gemacht werden kann.

Bei Ehen gemischter Nationalität ist es grundlegend, dass die Ehepartner über die persönlichen Verhältnisse des ausländischen Ehegatten informiert sind: Heimatort, Lebensverhältnisse der Angehörigen, frühere Arbeitsorte, Freunde, Bekannte, Religion, persönliche Einstellung zur Partnerschaft und zu Kindern (Rollenverständnis) etc.

Diese Informationen können bei einer allenfalls erfolgten Kindesentführung wesentlich dazu beitragen, den Aufenthaltsort des Kindes zu ermitteln, um so überhaupt eine Rückführung in die Wege leiten zu können.

Droht ein Elternteil mit der Entführung des Kindes, ist es ratsam die Kindergärtnerin oder den Lehrer zu informieren. Es empfiehlt sich, das Kind regelmässig von der Schule abzuholen und dorthin zu begleiten.

§ 35 Massnahmen im Bereiche des Besuchsrechts

Der für die Gestaltung des Besuchsrechts zuständige Richter oder die zuständige Vormundschaftsbehörde haben sämtliche Anordnungen zu erlassen, die notwendig sind, um den reibungslosen Ablauf des Besuchsrechts zu garantieren (1). Das Kindesinteresse auferlegt ihnen die Pflicht, dem Missbrauch der Ausübung des Besuchsrechts vorzubeugen. Sie sind daher befugt, dem Obhutinhaber oder dem besuchsberechtigten Elternteil eine Gewährleistung für die korrekte Ausübung des Besuchsrechts aufzuerlegen (2). Als Gewähr kommen alle Massnahmen, mit Ausnahme einer Geldleistung (3), in Betracht, sofern sie den konkreten Verhältnissen angemessen sind; namentlich die in den nachfolgenden Abschnitten A, B und C erläuterten Anordnungen.

- 1 vgl. zu Rechtsnatur, Rechtsträger und Zuständigkeit zur Anordnung des Besuchsrechts § 6 C II
- 2 BGE 54 II 239; Bühler/Spühler, N. 328ff. und 345 zu Art. 156; Blum, S. 132f.
- 3 BGE 54 II 240

Der Richter muss grundsätzlich über das Besuchsrecht und dessen Umfang entscheiden, hingegen darf er die Regelung der Modalitäten der Ausübung der Vormundschaftsbehörde delegieren (4). Auch die nähere Bezeichnung der Gewährleistung für die richtige Ausübung darf er der Vormundschaftsbehörde überlassen (5).

Die Bestellung eines Beistandes zur Ueberwachung des persönlichen Verkehrs nach Art. 308 II ZGB muss aber durch den Richter gestützt auf Art. 315a I ZGB, vorbehältlich der Zuständigkeit gemäss Art. 315a II ZGB, erfolgen (6).

Es sind nun kurz die Massnahmen aufzuführen, die das Kind und den Obhutinhaber vor einer Kindesentführung durch den Besuchsberechtigten oder diesen vor der willkürlichen Verweigerung des eingeräumten Rechts durch den Obhutinhaber schützen sollen.

A. Schriftendeponie während der Ausübung des Besuchsrechts und weitere diesbezügliche Auflagen

Die Vormundschaftsbehörde oder der zuständige Richter können die Ausübung des Besuchsrechts mit der Auflage versehen, den Pass oder andere Ausweisschriften während der Ausübung des Besuchsrechts bei der Vormundschaftsbehörde oder einer Vertrauensperson des Obhutinhabers zu deponieren. Diese Massnahme drängt sich insbesondere auf, wenn der Besuchsberechtigte seinen Wohnsitz im Ausland hat und eine Entführungsgefahr besteht (7).

Des weiteren kann der Besuchsberechtigte angewiesen werden, den Namen des Kindes in seinem Pass löschen zu lassen, um dessen Ausreise ins Ausland zu verhindern.

Diese Massnahmen vermögen zwar in Anbetracht der zahlreichen grünen Grenzen der Schweiz nicht, die Entführung abzuwenden, sie erschweren aber die Durchführung, da der Täter in der Wahl der Verkehrsmittel beschränkt wird (8). Es gilt hingegen zu berücksichtigen, dass der potentielle Täter einen fingierten Verlust seiner Identitätspapiere der zuständigen Behörde melden kann, um so in den Besitz eines zweiten Passes oder Identitätsausweises zu gelangen.

4 BGE 100 II 4; BGE 54 II 239; Bühler/Spühler, N. 321 zu Art. 156

5 BGE 54 II 239

6 Bühler/Spühler, N. 321 zu Art. 156

7 Diese Anordnung wurde bereits im Jahre 1928 vom Bundesgericht geschützt (BGE 54 II 238ff.); ebenso im Beschwerdeentscheid des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt vom 25.3.1972, abgedruckt in BJM 1972, S. 185ff.

8 Ihm verbleibt einzig das Auto; Flugzeug und Eisenbahnen fallen infolge der Passkontrollen ausser Betracht.

Die Vormundschaftsbehörde oder der Richter können dem besuchsberechtigten Elternteil unter Androhung einer Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB (9) verbieten, die eingeräumte Ferienzeit mit dem Kind im Ausland zu verbringen. Dieses Verbot wird vornehmlich ausgesprochen, wenn der Besuchsberechtigte im Ausland wohnt (10).

C. Bestellung eines Besuchsbeistandes (Art. 308 II ZGB)**I. Voraussetzungen**

Die Bestellung eines Beistandes zur Ueberwachung des persönlichen Verkehrs gemäss Art. 308 II ZGB ist eine Kindesschutzmassnahme, deren Anordnung eine erhebliche Gefährdung des Kindeswohles voraussetzt (11). Eine solche ist gegeben, wenn eine erhebliche Gefahr besteht, dass es im Zusammenhang mit der Ausübung des Besuchsrechts durch den von der elterlichen Gewalt ausgeschlossenen Elternteil zu ernsthaften Schwierigkeiten kommt (12). Die Gefahr der Entführung des Kindes durch den besuchsberechtigten stellt eine massive Gefährdung dar.

II. Kompetenzen des Beistandes**1. Grundsätzliche Kompetenzen**

Der Beistand hat den persönlichen Verkehr zu überwachen, wobei er eine aktive Rolle übernimmt (13). Er erlässt für die Parteien verbindliche Anordnungen, um den reibungslosen Ablauf des Be-

9 vgl. zu Art. 292 StGB § 35 E
10 so in ZR 58 (1959) Nr. 47, S. 359f. und AGVE 1973, S. 16f.
11 vgl. näheres zum Beistand bei: Blum, S. 129f., 133ff., 162f. und 175; Reday, S. 71ff.; Marthaler, S. 59; Bisceglia, S. 66f.; Gianola, S. 6, 16 und 55f.; Henkel, Elterliche Gewalt, S. 105; id., S. 57ff. und 81f.; Bühler/Spühler, N. 173 und 348 zu Art. 156; id., N. 28, 137 und 169 zu Art. 157
12 BGE 108 II 372 und 374; ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 54; Bühler/Spühler, N. 177ff. zu Art. 156
13 BGE 108 II 373; ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 56; Hegnauer Cyril, Zum Verhältnis der Ueberwachung der Erziehung gemäss Art. 307 Abs. 3 und der Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB, in: ZVW 33 (1978), S. 135

suchsrechts zu ermöglichen. So darf er den Uebergabeort, die Uebergabemodalitäten und die genaue Zeit des Besuches (Beginn und Ende) festlegen (14). Er knüpft mit den Eltern Kontakte, um die bestehenden Spannungen oder das vorhandene Misstrauen zwischen den Elternteilen oder dem Besuchsberechtigten und dem Kind abzubauen (15). Er ist befugt, zur Erfüllung seiner Aufgabe eine weitere Person zuzuziehen (16).

2. Zusätzlich Übertragene Aufgaben

Die Vormundschaftsbehörde oder der zuständige Richter können dem Beistand besondere Befugnisse übertragen oder aber seinen Aufgabenkreis konkretisieren, um die Wirksamkeit des Auftrages zu erhöhen. In erster Linie ist die Berechtigung des Beistandes zu nennen, bei den Besuchen persönlich anwesend zu sein oder einen Vertreter hiezu abzuordnen (17). Es muss dem Beistand überlassen bleiben, zu entscheiden, wie lange diese Regelung fortzuführen ist und ab welchem Zeitpunkt seine Präsenz in der Besuchszeit nicht mehr erforderlich ist (18).

In der Praxis stellen sich aber hinsichtlich der persönlichen Anwesenheit des Beistandes während der Besuchszeit enorme Probleme. In der Regel wird die Ueberwachung des persönlichen Verkehrs den Jugendämtern übertragen. Die Zahl der Mitarbeiter ist klein, so dass jeder Sozialarbeiter bereits übermässig belastet ist. Es scheint beinahe als unzumutbar, ihnen auch noch eine zusätzliche Pflicht am Wochenende, während dem die meisten Besuchsrechte ausgeübt werden, aufzuerlegen (19). Praktisch kaum durchführbar ist die persönliche Gegenwart des Beistandes während der eingeräumten Ferienzeit.

14 ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 54 und 56f.; ZR 80 (1981) Nr. 13, S. 36; BGE 108 II 375

15 ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 56; Entscheid des Bezirksrates Hinwil vom 6.7.1979, wiedergegeben in ZVW 34 (1979), S. 145

16 ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 56

17 ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 54 und 57; Hegnauer, Grundriss, S. 111; Bühler/Spühler, N. 321 zu Art. 156

18 ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 57

19 kritisch auch Guler Albert (Jugendsekretär, Horgen), Ausgewählte Fragen zur Regelung des Besuchsrechts, in: ZVW 39 (1984), S. 106: Seiner Ansicht nach darf weder der Richter noch die Vormundschaftsbehörde dem Beistand die wiederholte, persönliche Anwesenheit zu vorgegebenen Zeiten vorschreiben, da eine solche Anweisung in unzulässiger Weise in die persönliche Freiheit des Beistandes eingreift.

Grundsätzlich sind die Vormundschaftsbehörde oder der Richter, die über das Besuchsrecht und dessen Umfang entscheiden, berechtigt, einen Besuchsbeistand gemäss Art. 308 II ZGB zu bestellen (20).

Es stellt sich einzig die Frage, ob es auch dem Eheschutzrichter zusteht, bei Entführungsgefahr eine Beistandschaft anzuordnen. Grundsätzlich aberkennt der Grossteil der Lehre die Kompetenz des Eheschutzrichters zum Erlass von Kindesschutzmassnahmen gemäss den Art. 307ff. ZGB (21). Art. 315a I ZGB ermächtigt den Richter, der nach den Bestimmungen über die Ehescheidung die Elternrechte und die persönlichen Beziehungen der Eltern zu den Kindern zu gestalten hat, die nötigen Kindesschutzmassnahmen zu erlassen; der Eheschutzrichter bleibt im Gegensatz zu Art. 275 II und 279 III ZGB unerwähnt.

Diese Begründung vermag wohl dogmatisch zu überzeugen, hingegen bin ich der Ansicht, dass es Sinn und Zweck der Kindesschutzmassnahmen, die ein effizientes Vorgehen fordern, widerspricht, wenn der Eheschutzrichter, der aufgrund Art. 275 II ZGB verpflichtet ist, den persönlichen Verkehr festzusetzen, nicht auch die entsprechenden Schutzmechanismen anordnen darf. Seine gesetzliche Kompetenz zur Regelung des Besuchsrechts wird zur ineffizienten Teilbefugnis degradiert; er hat das Verfahren auszusetzen und die Vormundschaftsbehörde zu ersuchen, eine Beistandschaft gemäss Art. 308 II ZGB anzuordnen.

Es wäre erstrebenswert, dem Eheschutzrichter die von der herrschenden Lehre (21) abgelehnte diesbezügliche Zuständigkeit mittels Rechtsprechung oder Gesetzesrevision des Art. 315a ZGB einzuräumen (22). Auch das neue Eherecht sieht bedauerlicherweise keine umfassende Kompetenz des Eheschutzrichters vor (23).

20 vgl. zur Kompetenzabgrenzung zwischen Richter und Vormundschaftsbehörde § 6 C II 4.

21 Hegnauer, Grundriss, S. 161; Henkel, S. 132f.; id., Elterliche Gewalt, S. 110f. und 118f.; Gianola, S. 35; Graf, S. 144; Bühler/Spühler, N. 32 und 154 zu Art. 156; Tuor/Schnyder, S. 339 (FN. 89); ebenso BB1 1974 II 86

22 gl.M. Georgii, S. 137; Blum, S. 163

23 Art. 176 III rev.ZGB (in Kraft ab 1.1.1988) bringt keine Erweiterung der Zuständigkeit (vgl. dazu Georgii, S. 130f., 138f. und 166; a.M. hingegen Frank, S. 35).

Die Bezeichnung der Person des Beistandes obliegt der Vormundschaftsbehörde (24).

V. Würdigung

Es stellt sich die Frage, ob die Bestellung eines Beistandes gemäss Art. 308 II ZGB das geeignete Mittel ist, um eine Entführung des Kindes durch einen Elternteil zu verhüten.

Die faktischen Schwierigkeiten, eine geeignete Person, die auch an den Wochenendbesuchen oder sogar während der Ferienzeit bei den Besuchen persönlich anwesend ist, zu finden sowie die polizeiliche Funktion, die der Beistand wahrzunehmen hätte, sprengen den Anwendungsbereich dieses Rechtsinstitutes. Es muss auch überlegt werden, wer im Falle einer trotz angeordneter Beistandschaft geglückten Entführung dem Obhutinhaber gegenüber die Verantwortung trägt.

Meines Erachtens ist anhand jedes Einzelfalles zu überprüfen, ob nicht allenfalls einzig schwerwiegendere Massnahmen wie die Verweigerung oder der Entzug des Besuchsrechts (25) die Gefahr der Kindesentführung bannen können. Bestehen trotz Anordnung der Beistandschaft Bedenken, dass das Kindeswohl gefährdet werden könnte, so muss auf sie verzichtet und das Recht auf persönlichen Verkehr verweigert oder entzogen werden (26).

D. Verweigerung des Besuchsrechts

Art. 274 II ZGB sieht die Möglichkeit vor, das Besuchsrecht zu verweigern oder zu entziehen, falls der persönliche Verkehr das Kindeswohl gefährdet (27).

24 ZR 86 (1986) Nr. 27, S. 56; vgl. auch Entscheid des Luzerner Obergerichts vom 12.11.1985, wiedergegeben in Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1985, Nr. 2, S. 6

25 vgl. dazu § 35 D

26 gl.M. Blum, S. 135

27 vgl. zu den Voraussetzungen der Verweigerung oder Entziehung § 6 C II 2.

Als Generalklausel führt diese Norm das Vorliegen "anderer wichtiger Gründe" auf, die es gestatten, von der Gewährung des Besuchsrechts im Interesse des Kindes abzusehen. Als wichtiger Grund gilt auch die Gefahr der Entführung des Kindes ins Ausland (28).

Nach meinem Dafürhalten darf das Besuchsrecht des Elternteils ohne Obhut nicht leichthin verweigert werden. Nur zu oft wird das Kind entführt, weil dem Täter das Besuchsrecht nicht eingeräumt oder dessen Ausübung vom Obhutinhaber vereitelt wurde. Die als Prävention vorgesehene Massnahme könnte daher kontraproduktiv wirken.

Die Verweigerung oder die Entziehung des Besuchsrechts drängt sich meiner Meinung nach aber immer dann auf, wenn das Kind bereits einmal entführt wurde (29). Das Besuchsrecht muss auch entzogen werden, wenn subsidiäre Schutzmassnahmen (30) keine genügende Gewähr für das Kindeswohl bieten oder wenn Kenntnis erlangt wird, dass der Besuchsberechtigte in seinem Heimatland ein Begehren um Zuteilung der elterlichen Gewalt gestellt hat.

28 gl.M. Hegnauer, Grundriss, S. 110; Guler, a.a.O., S. 101; Bühler/Spühler, N. 247 zu Art. 145 und Blum, S. 110

29 Das Obergericht des Kantons Zürich begnügte sich hingegen trotz vorangegangener Entführung mit der Bestellung eines Besuchsbeistandes. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Vorgeschichte kontrovers war (vgl. ZR 85 (1986) Nr. 27, S. 55).

30 vgl. § 35 A, B und C

Ein weiteres Mittel, um einer Entführung vorzubeugen, ist die Blankettstrafnorm des Art. 292 StGB. Der zuständige Richter oder die Vormundschaftsbehörde können die von ihnen aufgestellte Besuchsregelung mit der Strafdrohung dieses Artikels versehen: einerseits gegenüber dem besuchsberechtigten Elternteil, wodurch dessen missbräuchliche Ausübung des Rechts auf persönlichen Verkehr sanktioniert wird, anderseits gegenüber dem Obhutinhaber, der sich weigert, das eingeräumte Besuchsrecht ausüben zu lassen. Dieser Fall scheint mir besonders wichtig, weil der Täter den Vorsatz zur Entführung vielfach erst fasst, nachdem ihm der Inhaber des Aufenthaltsbestimmungsrechts die Ausübung seines angeordneten Besuchsrechts verweigert.

I. Sinn und Zweck dieser Strafnorm

Art. 292 StGB erfüllt zwei Funktionen: Verwaltungszwang und Kriminalstrafe.

Durch die Strafandrohung soll dem Urteil oder der Verfügung mehr Gewicht verliehen werden. Art. 292 StGB hat den kriminalpolitischen Sinn, Behörden und Beamten die Durchsetzung ihrer Anordnungen zu erleichtern (31).

Funktion dieser Strafnorm ist nicht primär die Sanktion, sondern der Ansporn und der psychische Zwang den in einer Verfügung getroffenen Anordnungen nachzuleben (32).

Durch Art. 292 StGB sollen nicht individuelle Rechtsgüter, sondern die öffentliche Ordnung geschützt werden (33).

Des weiteren ist dieser Tatbestand ein Mittel der Realexekution einer Verfügung oder eines Urteils (34).

II. Voraussetzungen

Art. 292 StGB setzt voraus, dass der Täter der von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels an ihn erlassenen Verfügung nicht Folge leistet.

31 Stratenwerth, BT II, S. 288, mit Verweis auf BGE 74 IV 107
32 Art. 292 StGB als psychologisches Zwangsmittel (vgl. Näheres bei Eigenmann, S. 39 und Sträuli/Messmer, N. 3 zu § 306)
33 vgl. Eigenmann, S. 44
34 vgl. dazu Eigenmann, S. 57ff. und Stratenwerth, BT II, S. 288

Die geschützte Verfügung muss von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten (35) erlassen werden. Zuständig sind der Richter oder die Behörde, wenn der Erlass der Verfügung sowohl international wie auch inter- und innerkantonal, örtlich, sachlich und funktionell in ihren Aufgabenbereich fällt.

Ist die Zuständigkeit gegeben, so schliesst sie die Kompetenz mit ein, eine Strafe nach Art. 292 StGB anzudrohen. Nicht erforderlich ist eine spezielle, zusätzliche, gesetzliche Grundlage (36).

Strittig ist die rechtliche Qualifikation der von Art. 292 StGB geforderten Zuständigkeit als Tatbestandselement (37) oder objektive Strafbarkeitsbedingung (38).

2. Art der Verfügung

Jede Verfügung, nicht nur Verfügungen i.e.S., sondern alle Anordnungen einer Behörde oder der Gerichte, die eine persönliche Leistung (Tätigkeit oder Unterlassung) gebietet, kann mit der Strafdrohung des Art. 292 StGB versehen werden (39).

3. Adressat der Verfügung

Der Begriff der Verfügung setzt bereits einen bestimmten Adressaten voraus (40). Hingegen kann Art. 292 StGB nur gegenüber

35 Legaldefinition des Beamten in Art. 110 Ziff. 4; als Beamter gilt auch der Amtsvormund (vgl. Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 26.10.1976, abgedruckt in ZBJV 114 (1978), S. 452f.)

36 vgl. Eigenmann, S. 35f. und Stratenwerth, BT II, S. 289

37 so Eigenmann, S. 34

38 So Stratenwerth, BT II, S. 291f.; diese Diskrepanz wirkt sich faktisch nicht aus: auch wenn die Zuständigkeit als Tatbestandselement qualifiziert wird, führt der Irrtum des Täters bezüglich der Rechtmässigkeit der Verfügung nicht zur Straflosigkeit (Art. 19 I StGB), da er regelmässig mit Eventualvorsatz handelt, weil er damit rechnen muss, dass die Anordnung verbindlich sein könnte.

39 vgl. Näheres bei Eigenmann, S. 15ff. und 36f. und Sträuli/Messmer, N. 3 zu § 306

40 individuell-konkreter Akt

288 einzelnen natürlichen Personen angewendet werden (41). Nicht verlangt wird, dass der Betroffene der Verfügung mit Namen genannt ist. Es genügt, wenn aus ihr durch irgendwelche Bezeichnung oder Umschreibung hervorgeht, wer gemeint ist (42).

4. Form der Verfügung

Nur wer einer schriftlichen Verfügung nicht Folge leistet, kann mit Haft oder Busse bestraft werden (43).

5. Rechtmässigkeit der Verfügung

Bis 1972 war es dem Strafrichter verwehrt, eine von der zuständigen Behörde formgerecht erlassene Verfügung auf ihre materielle Rechtmässigkeit zu überprüfen. Diese zunehmend auf Kritik stossende (44) Praxis wurde in BGE 98 IV 108ff. geändert, in dem die Bindung des Strafrichters an die Verfügung unterschiedlich gelockert wurde:

- Ist keine Ueberprüfung durch das Verwaltungsgericht möglich, darf der Strafrichter die Verfügung frei auf ihre Rechtmässigkeit, doch nicht auf Angemessenheit überprüfen.
- Macht der Betroffene von der Möglichkeit einer verwaltungsgerichtlichen Ueberprüfung keinen Gebrauch, so beschränkt sich die Prüfung des Strafrichters auf offensichtliche Gesetzesverletzungen einschliesslich Ermessensmissbrauch (Willkürkognition).
- Hat ein Verwaltungsgericht die Verfügung als rechtmässig befunden, so ist der Strafrichter an sie gebunden (45).

41 Juristische Personen und der Adressatenkreis der Allgemeinverfügung scheiden aus (vgl. Eigenmann, S. 17ff. und Stratenwerth, BT II, S. 289).

42 Stratenwerth, BT II, S. 289, mit Verweis auf BGE 78 IV 239 und Sträuli/Messmer, N. 7 zu § 306

43 vgl. Eigenmann, S. 20ff.

44 Näheres bei Stratenwerth, BT II, S. 289

45 BGE 98 IV 111; Kritik gegenüber dieser Praxisänderung von Gygi Fritz, Zur strafrichterlichen Ueberprüfung von Verfügungsverfügungen und Kummer Max, Die Vollstreckung des Unterlassungsurteils durch Strafwang, beide in: Lebendiges Strafrecht, ZStrR 94 (1977), S. 399ff. bzw. 377ff.: ihrer Ansicht nach lähmt die Ueberprüfung die Strafandrohung in ihrer Funktion als Durchsetzungsmittel.

Begründet wird diese Praxisänderung damit, dass nicht die Widerhandlung der Verfügung als solche strafbar sei, sondern allein der Verstoss gegen das Gesetz, auf das sie sich stützt; widerrechtliche Anordnungen verdienen keinen strafrechtlichen Schutz.

Ob die Ueberprüfbarkeit einer Verfügung, die im zivilrechtlichen Verfahren ergangen ist, anhand derselben Massstäbe vorgenommen werden darf, liess das Bundesgericht in diesem Entscheid offen. Meines Erachtens sprechen keine sachlichen Gründe für eine abweichende Behandlung der zivilrechtlichen Anordnungen. Die Ueberprüfungsbefugnis des Strafrichters hängt daher davon ab, ob ihre Rechtmässigkeit bereits durch ein Zivilgericht festgestellt wurde bzw. ob sie an ein Zivilgericht weiterziehbar gewesen wären.

Eine umfassende Ueberprüfungspflicht des Strafrichters, unabhängig davon, von welcher Behörde die Verfügung ausgegangen ist oder ob der Entscheid an eine höhere Instanz hätte weitergezogen werden können, statuierte das Luzerner Obergericht (46).

6. Rechtskraft

Die Strafbarkeit des Verstosses gegen eine Verfügung oder der Missachtung eines Urteils, setzt deren formelle Rechtskraft voraus (47).

7. Strafdrohung

An den Hinweis auf die Strafdrohung als Bestandteil der Verfügung werden von der Praxis hohe Anforderungen gestellt. "Weder die blosser Erwähnung des Artikels, noch der blosser Hinweis auf die Strafbarkeit des Ungehorsams, noch ein kombinierter Hinweis auf Strafbarkeit und den anwendbaren Artikel genügen" (48).

46 vgl. den Entscheid der 2. Strafkammer des Luzerner Obergerichts vom 24.9.1981, wiedergegeben in Luzerner Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1981, S. 65; RS 1982 Nr. 360 und RS 1984 Nr. 722 sowie SJZ 79 (1983), S. 99f.; gl.M. Stratenwerth, BT II, S. 290

47 vgl. Eigenmann, S. 23f.; ebenso das Kantonsgericht des Kantons Schwyz im Entscheid vom 19.8.1980, zusammengefasst in RS 1982 Nr. 308; vgl. auch BGE 90 IV 79ff.; a.M. vertreten im Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Aargau vom 28.2.1964, abgedruckt in AGVE 1964, S. 110f. und Stratenwerth, BT II, S. 290

48 BGE 68 IV 46f.

Dem Verfügungsadressaten müssen die angedrohten Strafen vorher ausdrücklich vorgehalten werden. Eine korrekte Strafandrohungsklausel müsste folgendermassen formuliert werden: Die Nichtbefolgung dieser Verfügung resp. dieses Urteils wird gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse bestraft (49).

Es genügt nicht, wenn dem Betroffenen bereits früher in einem anderen Verfahren die Bestrafung nach Art. 292 StGB angedroht wurde. Der Erlass einer neuen, in die Zuständigkeit eines andern Richters fallenden Verfügung erfordert die erneute formgerechte Strafandrohung (50).

Während das Obergericht des Kantons Aargau den mündlichen Hinweis auf die Straffolgen des Art. 292 StGB als ausreichend betrachtet (51), fordert Eigenmann (52) die Schriftlichkeit.

8. Ungehorsam

Der Verfügungsadressat wird bestraft, wenn er dem Inhalt der Verfügung vorsätzlich nicht Folge leistet. Strafwürdig ist nicht der Verstoß gegen die Verfügung als solche, sondern gegen das Gesetz, auf dem der Akt beruht (53).

Wurde der Täter bereits aufgrund Art. 292 StGB verurteilt, ist er wiederum strafbar, wenn er erneut dieselbe Verfügung missachtet (54).

Der strafbare Ungehorsam ist eine Uebertretung: die Strafandrohung lautet auf Haft oder Busse.

III. Subsidiarität

Art. 292 StGB ist ein Auffangtatbestand, der nur subsidiär eingreift, wenn der Ungehorsam keine speziellere Strafnorm des kantonalen Rechts oder Bundesrechts erfüllt (55).

Wenn der Täter, der das Besuchsrecht des andern Elternteils vereitelt (56), Art. 220 StGB erfüllt, schliesst dies die Anwendung

49 vgl. ZR 81 (1982) Nr. 66, S. 158 und Eigenmann, S. 40

50 BGE 105 IV 250

51 Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Aargau vom 28.2.1964, wiedergegeben in AGVE 1964, S. 110

52 S. 39

53 Stratenwerth, BT II, S. 290; a.M. noch Eigenmann, S. 28ff.

54 BGE 104 IV 231; Eigenmann, S. 31; Sträuli/Messmer, N. 4 zu § 306; kritisch Stratenwerth, BT II, S. 291

55 BGE 106 IV 280f.; Eigenmann, S. 40ff.; Stratenwerth, BT II, S. 292; Sträuli/Messmer, N. 7 zu § 306

56 Nach Bundesgerichtspraxis ist nur strafbar, wer das Besuchsrecht des Mitinhabers der elterlichen Gewalt vereitelt (vgl. dazu § 6 C II und § 34 B und C

des Art. 292 StGB nicht aus. Dieser Straftatbestand ist nur subsidiär gegenüber Strafnormen, die den Ungehorsam an sich bestrafen (57). Art. 220 StGB stellt nicht den Ungehorsam unter Strafe, sondern das Entziehen oder Vorenthalten des unmündigen Kindes. Daran ändert nichts, dass das Vorenthalten durch Ungehorsam gegen die Besuchsordnung begangen werden kann.

Art. 292 StGB ist hingegen nicht subsidiär zu anderen kantonalen Vollstreckungsmitteln wie Ordnungsstrafen oder Zwangsmassnahmen (58).

IV. Anwendungsbereich

Art. 292 StGB wird nicht nur als Strafnorm, sondern auch als Mittel der kantonalen Realexekution verwendet (59).

Alle unter § 35 A - D aufgeführten Massnahmen können unter den oben aufgeführten Voraussetzungen mit der Strafdrohung des Art. 292 StGB versehen werden.

In BGE 98 IV 35 (60) legte das Bundesgericht fest, dass das Besuchsrecht des Mitinhabers der elterlichen Gewalt nur strafrechtlichen Schutz erfahre, falls es unter der Strafdrohung des Art. 292 StGB vollstreckt werden könne. Da die meisten Kantone Art. 292 StGB als Vollstreckungsmittel vorsehen (61), engt diese Voraussetzung die meines Erachtens generell zu befürwortende Strafbarkeit des Obhutinhabers, der das Besuchsrecht des andern Elternteil verunmöglicht, nicht ein. Sollten die andern Kantone jedoch nur einen ungenügenden Rechtsschutz zusichern, so "darf und muss das von Bundesrechts wegen gegebene Mittel der Strafdrohung wegen Ungehorsams Platz greifen und zwar selbst dann,

57 vgl. den Entscheid der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichts vom 4.9.1979, abgedruckt in SJZ 76 (1980), S. 321 (ZR 78 (1979) Nr. 71, S. 168f.) und das Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Aargau vom 24.3.1961, wiedergegeben in AGVE 1961, S. 153; vgl. auch Stratenwerth, BT II, S. 292

58 BGE 90 IV 209; gl.M. Stratenwerth, BT II, S. 292; a.M. Eigenmann, S. 43 und 61

59 Vgl. Näheres zum Anwendungsbereich bei Eigenmann, S. 49ff.; Art. 292 StGB kommt auch als Vollstreckungsmittel des Bundes zur Anwendung (Art. 76 I BZP).

60 i.S. Hélie de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud

61 Eigenmann, S. 57ff. und 63f.; vgl. für den Kanton Zürich § 306 I ZPO

wenn das kantonale Recht dieses psychologische Zwangsmittel nicht kennt oder nicht darauf verweist" (62).

Es muss aber berücksichtigt werden, dass die Wirksamkeit des Art. 292 StBG fragwürdig ist, wenn der Entführer plant, seinen Lebensmittelpunkt mit dem Kind ins Ausland zu verlegen. Durch die bedingte Bindung des Strafrichters an die Verfügung, die missachtet wurde, verliert diese Strafnorm zusätzlich an Durchschlagskraft, weil erneut über die materielle Rechtmässigkeit der Anordnung gestritten werden kann.

F. Vollstreckung des Besuchsrechts

Um einer Kindesentführung vorzubeugen, ist es meines Erachtens besonders wichtig, dem Besuchsrecht des nicht obhutberechtigten Elternteils Geltung zu verschaffen, denn vielfach entzieht er das Kind nur, weil ihm die Ausübung des gerichtlich oder behördlich eingeräumten Rechts auf persönlichen Verkehr vom Obhutinhaber verweigert wird.

Wird die Besuchsrechtsordnung vom Richter im Eheschutz-, Ehetrennungs- oder Ehescheidungsurteil oder durch eine entsprechende vorsorgliche Massnahme erlassen, so erfolgt die zwangsweise Durchsetzung nach dem kantonalen Zwangsvollstreckungsverfahren betreffend Zivilurteile (63) und obliegt nicht den vormundschaftlichen Behörden (64). Wurde das Besuchsrecht von der Vormundschaftsbehörde festgelegt (65), so vollstreckt sie ihren Entscheid selbst (66).

62 Eigenmann, S. 63

63 Im Kanton Zürich erfolgt die Vollstreckung rechtskräftiger gerichtlicher Entscheide im Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren (§ 222 Ziff. 1 ZPO; vgl. dazu Sträuli/Messmer, N. 2ff. zu § 222).

64 Die Besuchsrechtsregelung stellt keine Kindesschutzmassnahme dar, so dass Art. 315a I ZGB keine Anwendung findet (vgl. auch Entscheid des Regierungsrates des Kantons Graubünden vom 17.1.1983, wiedergegeben in ZVW 39 (1984), S. 75ff. und ZR 67 (1968) Nr. 13, S. 50ff.).

65 vgl. zur Zuständigkeit der Anordnung des Besuchsrechts § 6 C II 4.

66 Im Kanton Zürich geregelt in Art. 29 VRG; vgl. dazu auch den 4. Teil: C.

Vollstreckungsmittel mittelbarer Natur sind die Ordnungsbusse und die Ungehorsamstrafe gemäss Art. 292 StGB (67).

293

Unmittelbar vollstreckt wird ein Entscheid entweder durch Ersatzvornahme oder durch den Zwangsvollzug (sog. Realexekution) (68).

Bezüglich der Vollstreckung des Besuchsrechts mittels Art. 292 StGB möchte ich auf meine Ausführungen unter § 35 E verweisen.

Die neuere Rechtsprechung (69) und Lehre (70) lehnen die Vollstreckung des Besuchsrechts mit direktem physischen Zwang grundsätzlich ab, da dieser dem Kindesinteresse widerspreche.

Der Vollstreckungsrichter hat Art. 274 II ZGB zu beachten, er ist aber an den bereits richterlich beurteilten Sachverhalt gebunden; eine erneute materielle Ueberprüfung der Besuchsrechtsordnung steht ihm nicht zu (71). Die Verweigerung der Vollstreckung der Besuchsrechtsordnung kommt der Abänderung des richterlichen Urteils gleich, die ausschliesslich in die Kompetenz des Ehescheidungs- oder Ehetrennungsrichters fällt (Art. 157 ZGB). Der Vollstreckungsrichter darf daher das im Urteil festgelegte Besuchsrecht nicht dauernd suspendieren, er ist aber, wenn es die Interessen des Kindes gebieten, berechtigt, für kurze Zeit die Nichtvollstreckung zu verfügen (72). Es ist ihm auch erlaubt, ein psychiatrisches Gutachten in Auftrag zu geben, in dem abgeklärt werden soll, ob die Realexekution des Besuchsrechts mit dem Kindeswohl zu vereinbaren sei (73).

Da die Abweisung des Vollstreckungsbegehrens eine Aenderung des Urteils zuungunsten des Gesuchstellers bedeutet, hat ihn der

67 Für den Kanton Zürich vorgesehen in § 306 ZPO; vgl. zu Art. 292 StGB § 35 E.

68 vgl. für den Kanton Zürich § 307 ZPO

69 BGE 107 II 301ff.; ZR 85 (1986) Nr. 98, S. 249; anders noch ZR 53 (1954) Nr. 88, S. 203ff. und ZR 67 (1968) Nr. 13, S. 54

70 Blum, S. 254ff., lehnt gar die Anwendung mittelbarer Zwangsmittel ab; Marthaler, S. 114; Reday, S. 73f.; Bühler/Spühler, N. 354 zu Art. 156; differenzierter Hegnauer, Grundriss, S. 110; vgl. die analogen Bedenken hinsichtlich der Realexekution des Herausgabebefehls im 4. Teil: B

71 vgl. BGE 111 II 315f. (wiedergegeben in ZVW 41 (1986), S. 146f.) bezüglich der Frage der Zuteilung der Kinder; BGE 107 II 305; ZR 85 (1986) Nr. 98, S. 247; Bühler/Spühler, N. 352 zu Art. 156

72 vgl. BGE 107 II 305; ZR 85 (1986) Nr. 98, S. 249; Bühler/Spühler, N. 352 zu Art. 156

73 BGE 111 II 316f. (abgedruckt in ZVW 41 (1986), S. 147)

Vollstreckungsrichter vor seinem Entscheid anzuhören (74). Meines Erachtens drängen sich zahlreiche Vorbehalte und Bedenken auf gegenüber der von der Rechtsprechung und herrschenden Lehre vertretenen Ansicht, es müsse bei der Durchsetzung des Besuchsrechts grundsätzlich auf die Anwendung direkten Zwangs verzichtet werden.

Diese Praxis führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Kompetenzen des Abänderungsrichters nach Art. 157 ZGB und des Vollstreckungsrichters, weil diesem für den unbestimmten Zeitraum "für kurze Zeit" (75) ermöglicht wird, die Besuchsordnung eigenmächtig abzuändern. Zudem wird durch die erneute Prüfung, ob das Besuchsrecht dem Kindeswohl entspreche, das Verfahren unnötig verzögert, und das bereits vorliegende richterliche Urteil, in dem versucht wurde, die Kindesinteressen optimal zu wahren, in seinem Stellenwert massiv geschwächt. Es gilt auch zu bedenken, dass das Vollstreckungsverfahren summarisch, das zu vollstreckende Urteil aber im ordentlichen Verfahren ergangen ist.

Der Obhutinhaber hat die Pflicht, aktiv auf das Kind einzuwirken, um die Ausübung des eingeräumten Besuchsrechts des andern Elternteils zu ermöglichen. Er handelt auch dann gesetzeswidrig, wenn er es dem Kind überlässt, ob es mit dem andern Elternteil das Wochenende bzw. die Ferienzeit verbringen will (76). Im Lichte der heutigen Praxis vermag der Obhutinhaber aber die Ausübung des gerichtlich oder behördlich eingeräumten Besuchsrechts zu verhindern, indem er lediglich dessen schädliche Auswirkung auf das Kind behauptet. Das widerspricht dem Willen des Gesetzgebers krass. Wird das Kindeswohl effektiv gefährdet, so kann der Obhutinhaber jederzeit die Abänderung der im Scheidungs- oder Ehetrennungsurteil festgelegten Besuchsordnung begehren. Da auch der aufgrund Art. 157 ZGB zuständige Richter vorsorgliche Massnahmen erlassen darf, kann dem andern Elternteil das Besuchsrecht sofort vorläufig entzogen werden (77).

74 Entscheid der I. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, mitgeteilt vom Bundesgerichtskorrespondenten in ZÖF 78 (1981), S. 77f.

75 vgl. FN. 72 dieses Kapitels

76 Der Gesetzgeber lehnte es entgegen des bundesrätlichen Entwurfes (Art. 273 II ZGB) ab, beim Besuchsrecht auf den Willen des Kindes abzustellen (vgl. dazu Näheres bei Blum, S. 23ff.); ebenso BGE 111 II 407ff. und Hegnauer, Grundriss, S. 111

77 vgl. zu den Kompetenzen des Abänderungsrichters Bühler/Spühler, N. 22ff., 48ff. und 114ff. zu Art. 157

Meines Erachtens muss vom Obhutinhaber, der negative Auswirkungen des Besuchsrechts oder die konstante Weigerung des Kindes zum Besuch des anderen Elternteils behauptet, verlangt werden, dass er sich aktiv für das Kindeswohl einsetzt, indem er ein Abänderungsbegehren zu stellen hat. Durch dieses aktive Verhalten würde zugleich der Nachweis erbracht, dass der Obhutinhaber effektiv die Kindesinteressen wahren will, und nicht rein persönliche Aversionen gegen den Ehe- oder Exehegatten dazu geführt haben, dessen Besuchsrecht zu vereiteln. Im BGE 107 II 301ff. zugrundeliegenden Sachverhalt musste denn auch mit einem Entscheid im Prozess betreffend Abänderung des Scheidungsurteils innert kurzer Zeit gerechnet werden, da dieses Verfahren bereits zur Zeit des Vollstreckungsverfahrens betreffend die Besuchsordnung hängig war. Das Bundesgericht hielt zudem fest, dass einem neuen Vollstreckungsgesuch mindestens dem Grundsatz nach Folge zu geben sei, wenn das Abänderungsbegehren abgewiesen werden sollte (78).

Da der eigentliche Zwangsvollzug nicht nur dem Gemeindeammann oder der Polizei übertragen werden kann, sondern auch andere Drittpersonen zugezogen werden können, entfällt ein weiteres Argument gegen die Realexekution des Besuchsrechts. Sicherlich widerspricht es dem Kindeswohl, das Besuchsrecht durch uniformierte Polizisten vollstrecken zu lassen. Wird das Kind aber von Fürsorgern oder psychologisch geschulten Personen abgeholt und zum Besuchsberechtigten begleitet, nimmt seine Psyche in der Regel keinen Schaden (79).

Nach meinem Dafürhalten kann durch den unmittelbaren Zwangsvollzug des Besuchsrechts zusätzlich die Gefahr einer Kindesentführung gemindert werden. Der Elternteil, dessen gerichtlich oder behördlich eingeräumtes Besuchsrecht nicht mit staatlicher Hilfe vollstreckt wird, sieht in der Entführung oft den einzigen Weg, das Kind nicht vollends zu verlieren. Rache, Trotz und verletztes Rechtsempfinden unterstützen seinen Tatentschluss zusätzlich.

78 BGE 107 II 305

79 vgl. zur Zulässigkeit, geeignete Drittpersonen beim Vollzug beizuziehen, Sträuli/Messmer, N. 10f. zu § 307 und Hegnauer, N. 87 zu aArt. 273; a.M. Kölz Alfred, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N. 23 zu § 30

Die Realexekution grundsätzlich als mit dem Kindeswohl unvereinbar zu taxieren, scheint mir verfehlt. Wie in BGE 111 II 409 erwähnt, hat das Bundesgericht zu dieser Frage glücklicherweise noch nicht endgültig Stellung genommen.

Die Ausübung des Besuchsrechts mag vielleicht kurzfristig dem Willen des Kindes, der oft unstetig und manipulierbar ist, widersprechen, langfristig ist sie die einzige Chance, den Kontakt mit dem nicht obhutberechtigten Elternteil aufrecht zu erhalten.

Meines Erachtens darf der unmittelbare Zwang zur Vollstreckung des Besuchsrechts nur als ultima ratio eingesetzt werden, wenn die mittelbaren Vollstreckungsmittel versagt haben oder von vornherein als aussichtslos erscheinen. Auf die Anwendung der physischen Gewalt muss auch dann verzichtet werden, wenn das Kindeswohl trotz Beizug von psychologisch geschulten Drittpersonen nachweislich (in Form eines spezifischen parteiunabhängigen Gutachtens) gefährdet ist.

Die Friedensbürgschaft ist ein weiterer Rechtsbehelf, einer Kindesentführung entgegenzutreten.

Dieses in Art. 57 StGB verankerte Rechtsinstitut dient einzig der Verbrechensverhütung (80). Diese persönliche sichernde Massnahme kennzeichnet sich dadurch, dass sie angeordnet werden kann, bevor eine strafbare Handlung ausgeführt worden ist (81).

A. Voraussetzungen der Friedensbürgschaft nach Art. 57 Ziff. 1 StGB: 1. Tatbestand

I. Drohung mit einem Verbrechen oder Vergehen

Die Friedensbürgschaft kann angeordnet werden, wenn jemand mit der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens im Sinne von Art. 9 StGB droht. Die Drohung muss nicht die Intensität aufweisen, wie sie Art. 180 StGB fordert. Es genügt jede Drohung, wenn die Gefahr besteht, dass der Drohende sie verwirklichen werde (82). Art. 57 StGB verlangt auch nicht, dass sie ausdrücklich und gegenüber dem Bedrohten geäussert wird (83). Dieser braucht die Drohung auch nicht ernst zu nehmen, sie muss aber als ernsthaft gemeint erscheinen, ohne dass vom Täter die Absicht vorliegen muss, die Tat auch effektiv auszuführen (84).

II. Gefahr der Ausführung

Die Gefahr muss ein objektives und ein subjektives Element aufweisen. Objektiv vorausgesetzt ist ein Zustand, in welchem in concreto die nahe Möglichkeit der Verletzung eines strafrechtlich geschützten Rechtsgutes besteht (85). Subjektiv wird die naheliegende Besorgnis des Betroffenen, dass die angedrohte Tat in nächster Zukunft verwirklicht werden könnte, verlangt (85). Objektiv begründete Umstände sind beispielsweise: ernst zu nehmende Aeusserungen des Drohenden Dritten gegenüber; eine beson-

80 vgl. zur geschichtlichen Entwicklung Grünbaum, S. 7ff., 11, 13, 15f. und 22f. und Graven, S. 16ff. und 36ff.; vgl. zur Rechtsnatur dieser Massnahme Graven, S. 12ff.

81 vgl. auch Schultz, AT II, S. 200

82 BGE 71 IV 75; vgl. auch Grünbaum, S. 26; Graven, S. 22, 34, 42ff., 51, 56, 68, 104 und 131; Schultz, AT II, S. 200

83 BGE 71 IV 75; Grünbaum, S. 26; vgl. auch Graven, S. 43ff.

84 Grünbaum, S. 29f.

85 Grünbaum, S. 33

ders ostentativ zur Schau getragene Feindseligkeit gegen die Person des Bedrohten, vor allem aber Vorbereitungshandlungen (86). Sind hingegen diese Vorbereitungshandlungen als solche strafbar oder liegt bereits ein strafbarer Versuch zu einem Delikt vor, findet Art. 57 StGB keine Anwendung (87).

B. Voraussetzungen der Friedensbürgschaft nach Art. 57 Ziff. 1 StGB: 2. Tatbestand

Die Friedensbürgschaft ist ferner möglich, wenn jemand die bestimmte Absicht, ein Verbrechen oder Vergehen, weswegen er verurteilt wird, zu wiederholen an den Tag legt.

Der Zweck dieser Anordnung besteht darin, "eine gefährlich erscheinende Person von der Wiederholung eines Verbrechens oder Vergehens abzuhalten" (88).

I. Verurteilung wegen eines Verbrechens oder Vergehens

Die Anordnung setzt somit eine bereits ausgefällte Strafe voraus, wobei irrelevant ist, ob sie auch vollzogen wurde (89). Keine Anwendung findet die Friedensbürgschaft, falls der Drohende bereits einmal den Tatbestand eines Antragsdeliktes erfüllt hat, der Strafantrag aber in Folge nicht gestellt wurde, und jener erneut die Absicht kundgibt, diese Strafnorm zu verwirklichen (90).

II. Wiederholungsabsicht

Der Täter muss, ohne dass eine ausdrückliche Mitteilung verlangt wird (91), die Absicht (92) manifestieren, dasselbe Verbrechen oder Vergehen, aufgrund dessen er bereits einmal verurteilt wurde, zu wiederholen. Nicht erforderlich ist, dass der Täter die

86 vgl. Näheres bei Grünbaum, S. 33f.

87 Von der Gefahr der Ausführung kann nicht mehr gesprochen werden; sie hat sich bereits in strafbarer Weise konkretisiert (vgl. Näheres bei Grünbaum, S. 34f.).

88 BGE 71 IV 76

89 Näheres bei Grünbaum, S. 36f. und Graven, S. 49ff.

90 vgl. dazu Grünbaum, S. 37f.

91 BGE 71 IV 77; vgl. auch Grünbaum, S. 41f.

92 vgl. zum Begriff der Absicht Grünbaum, S. 39ff. (Art. 57 StGB verwendet den Ausdruck Absicht nicht im technischen Sinn als besondere Art des Vorsatzes; gemeint ist der Zweck, das Ziel oder das Vorhaben)

Absicht der Wiederholung bereits im Zeitpunkt der Verurteilung an den Tag legt (93).

299

C. Antragserfordernis (Art. 57 Ziff. 1 StGB)

Der Antrag auf Leistung der Friedensbürgschaft ist kein Strafantrag im Sinne der Art. 28 - 31 StGB (94). Das Begehren ist unbestristet und kann nach einem Rückzug erneut gestellt werden. Antragsberechtigt ist entweder der mittelbar oder unmittelbar Bedrohte oder der durch die frühere strafbare Handlung Verletzte. Sind diese Personen handlungsunfähig, so muss das Gesuch vom gesetzlichen Vertreter gestellt werden. Art. 28 II und III StGB sind analog anzuwenden (95).

D. Inhalt der Friedensbürgschaft

Der Richter kann dem Bedrohten das Versprechen abnehmen, die Tat nicht auszuführen, und ihn anhalten, angemessene Sicherheit zu leisten (Art. 57 Ziff. 1 StGB). Ob der Richter sich mit dem Versprechen allein begnügen oder aber dessen Kumulation mit der Sicherheit anordnen will, steht in seinem Ermessen (96).

Die Form des Versprechens ist gesetzlich nicht geregelt, es muss aber zumindest protokolliert werden (97).

Die Sicherheit muss in einer geldwerten Leistung bestehen, deren Höhe von der Grösse der Gefahr und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Drohenden abhängt. Sie kann aber auch von einem Dritten erbracht werden (98).

E. Wirkungen der Friedensbürgschaft (Art. 57 Ziff. 2 und 3 StGB)

I. Haft als Exekutivzwang (Art. 57 Ziff. 2 StGB)

Verweigert der zur Friedensbürgschaft Verurteilte das Versprechen oder die Leistung der Sicherheit, so kann ihn der Richter durch Sicherheitshaft, die nicht länger als zwei Monate dauern

93 BGE 71 IV 76f.

94 BGE 71 IV 75; vgl. auch Grünbaum, S. 44ff.

95 Näheres bei Grünbaum, S. 45ff. und Graven, S. 55ff.

96 Grünbaum, S. 52; vgl. dazu auch Graven, S. 67ff.

97 Grünbaum, S. 52, empfiehlt, das Versprechen in feierlicher Weise, unmittelbar vor dem Richter, abzugeben; vgl. auch Graven, S. 69.

98 Näheres bei Grünbaum, S. 52ff. und Graven, S. 71ff.

darf und wie die Haft zu vollziehen ist, dazu anhalten (Art. 57 Ziff. 2 I und II StGB) (99).

Die Sicherheitshaft soll nicht den Bedrohten schützen, sondern als Zwang gegenüber dem Fehlbaren wirken (100). Unabhängig von einem Erfolg, beträgt das Höchstmass dieser Repression zwei Monate.

II. Verwendung der geleisteten Sicherheit (Art. 57 Ziff. 3 StGB)

Begeht der zur Friedensbürgschaft Verurteilte das Verbrechen oder Vergehen innerhalb von zwei Jahren, nachdem er die Sicherheit geleistet hat, so verfällt sie dem Staate. Andernfalls wird sie zurückgegeben, wobei kein Anspruch auf Verzinsung besteht (101).

Die Wirkungen der Friedensbürgschaft sind somit auf zwei Jahre beschränkt. Analog Art. 60 StGB kann die verfallene Geldleistung zugunsten des Geschädigten verwendet werden (102).

Begeht der Täter jedoch ein anderes Delikt als dasjenige, das mit der Friedensbürgschaft verhütet werden sollte, so ist die Sicherheitsleistung zurückzuerstatten (103).

F. Zuständigkeit zur Anordnung einer Friedensbürgschaft

Da Art. 57 StGB die Zuständigkeit für die Anordnung der Friedensbürgschaft nicht regelt, ist in analoger Anwendung der Art. 346ff. StGB der Richter des Ortes zuständig, wo sich der Sachverhalt, der die Voraussetzung für die Anordnung dieser sichernden Massnahme bildet, verwirklicht hat (104).

- 99 Eine andere Zwangsvollstreckung sieht das StGB nicht vor; der betreibungsrechtliche Weg ist ausgeschlossen (vgl. ZR 58 (1959) Nr. 45, S. 86).
- 100 vgl. ZR 58 (1959) Nr. 45, S. 86 und Grünbaum, S. 54ff.
- 101 Entscheid der Kriminal- und Anklagekommission des Obergerichts des Kantons Luzern vom 6.2.1962, zusammengefasst in SJZ 60 (1964), S. 176
- 102 vgl. Näheres bei Grünbaum, S. 59
- 103 vgl. dazu Grünbaum, S. 60
- 104 Entscheid der II. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Luzern vom 13.2.1945, wiedergegeben in SJZ 41 (1945), S. 239f. und RS 1945 Nr. 13; vgl. zur sachlichen Zuständigkeit Graven, S. 99ff.

Meines Erachtens sollte zumindest versucht werden, Kindesentführungen durch die Anordnung einer Friedensbürgschaft zu verhindern, obwohl dieses Institut in der heutigen Zeit äusserst selten benutzt wird (105). Oft droht der Elternteil, er werde das Kind mit ins Ausland nehmen und die Mutter werde es nie mehr sehen, so dass Art. 57 StGB angewendet werden könnte. Der präventive Charakter, der Ermessensspielraum in der Ausgestaltung und die Haft als Realexekutionsmöglichkeit dieser sichernden Massnahme können nach meinem Dafürhalten den Täter von einer Kindesentführung abschrecken. Die Anordnung der Friedensbürgschaft drängt sich meiner Meinung nach geradewegs zur Wahrung des Kindeswohles auf, weil gehandelt werden kann, bevor der strafbare Versuch einer Kindesentführung vorliegt.

105 vgl. Graven, S. 103ff. und Schultz, AT II, S. 200

Wiederum verunmöglichen die verschiedenen Sachverhalte und die differenzierte Rechtslage, simple und allgemeingültige Ratschläge zu erteilen.

Es ist entscheidend, das im konkreten Fall korrekte Verfahren einzuschlagen, um das Kind möglichst bald wieder zurückführen zu können. In Anbetracht der zahlreichen Verfahrensarten und Rechtsnormen, die dem Laien oft als Dschungel erscheinen mögen, ist es daher unumgänglich, sich sofort mit kompetenten, mit den Problemen von Kindesentführungen vertrauten Stellen und Personen in Verbindung zu setzen. Grundsätzlich ist zu empfehlen, unverzüglich die Zentralbehörde zur Behandlung internationaler Kindesentführungen (1) zu konsultieren. Der Leiter, Herr Deschenaux, ist auch gerne bereit, ausserhalb des Anwendungsbereiches des Europäischen und Haager Uebereinkommens (2) mit Rat und Tat beizustehen.

Auch die Gruppe gegen die Kindesentführungen (3) kann aufgrund ihrer zahlreichen Erfahrungen Auskunft über das spezifische Vorgehen im Einzelfall geben.

Ich möchte noch kurz einen Ueberblick über das rechtliche Vorgehen geben, falls das Kind entzogen oder vorenthalten wird.

A. Strafantrag hinsichtlich Art. 220 StGB stellen

Es ist wichtig, dass ein Strafantrag gestellt wird, denn er bildet die Grundlage für das polizeiliche Handeln. Bei Dringlichkeit ist hingegen die Polizei im Kanton Zürich berechtigt, auch ohne das Vorliegen eines Strafantrages sichernde Massnahmen zu treffen (§ 24 II StPO).

Der Strafantrag kann im Kanton Zürich bei jeder Polizeistelle gestellt werden (4).

- 1 Zentralbehörde zur Behandlung internationaler Kindesentführungen; Bundesgasse 32; 3003 Bern; Tel.: 031/ 61 41 18 oder 61 41 57
- 2 vgl. dazu § 32 B IV und Anhang II und III
- 3 Schweizer Gruppe gegen die Entführung von Kindern; Monique Werro; Postfach 965; 2501 Biel; Tel.: 032/ 22 63 74 oder: Zürcher Gruppe gegen die Entführung von Kindern; Gottlieb Höpli; Rietholzstrasse 46; 8125 Zollikerberg; Tel.: 01/ 391 57 51
- 4 Der Gerichtsstand bestimmt sich nach dem Ort, wo die Tathandlung ausgeführt wird (vgl. dazu Näheres unter § 26 und zum Antrag § 24).

Besteht der Verdacht, der Entführer verschleppe das Kind ins Ausland, ist er polizeilich zur Fahndung auszuschreiben.

Es muss betont werden, dass die Polizei die Herausgabe des Kindes nur mit Zurückhaltung gewaltsam erzwingt. Sie wartet zu, bis ein entsprechender richterlicher oder behördlicher Herausgabebefehl vorliegt. Daher muss unverzüglich ein Herausgabebefehl erwirkt werden. Welches Verfahren eingeleitet werden soll, hängt davon ab, ob bereits ein behördlicher oder richterlicher Entscheid betreffend die elterliche Gewalt oder Obhut vorliegt.

B. Richterlicher Entscheid hinsichtlich der elterlichen Gewalt oder Obhut liegt vor

Der Inhaber der elterlichen Gewalt oder der Obhut muss am Wohnsitz des Beklagten das Begehren um Vollstreckung des entsprechenden Urteils einreichen. Im Kanton Zürich werden die gerichtlichen rechtskräftigen Entscheide (5) im Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren vollstreckt (§ 304 in Verbindung mit § 222 Ziff. 1 ZPO) (6). Da es sich beim Entscheid betreffend die Zuteilung der elterlichen Gewalt oder Obhut um ein Gestaltungsurteil handelt, bedarf es vorerst der Verpflichtung zur Herausgabe des Kindes im Erkenntnisverfahren, insbesondere durch Befehl oder Verbot nach § 222 Ziff. 2 ZPO, bevor die Vollstreckung nach § 222 Ziff. 1 ZPO möglich ist (7). Vollstreckungsmittel mittelbarer Natur sind die Ordnungsbusse und die Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB (8).

In der Praxis wird die Realexekution des Herausgabebefehls des Kindes wie bei der Vollstreckung des eingeräumten Besuchsrechts (9) nur mit Zurückhaltung unter Wahrung des Kindesinteresses angeordnet. Die zu beurteilenden Fälle betrafen hingegen nie die klassische Entführung des Kindes durch einen Elternteil, sondern

- 5 Vollstreckungsfähig ist gemäss § 300 ZPO ein rechtskräftiges Sachurteil, das auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet ist (Näheres bei Sträuli/Messmer, Vorbemerkungen 1 und N. 1ff. zu § 300).
- 6 Näheres bei Sträuli/Messmer, N. 2ff. zu § 222 und N. 1ff. zu § 304
- 7 vgl. dazu Sträuli/Messmer, N. 2 zu § 304 (widersprüchlich N. 4 zu § 222); ZR 67 (1968) Nr. 59, S. 209
- 8 § 306 ZPO; vgl. dazu Sträuli/Messmer, N. 1ff. zu § 306
- 9 vgl. dazu die Ausführungen unter § 35 F

304 die Herausgabe eines Kindes, das mit Einwilligung des Obhutberechtigten beim anderen Elternteil oder bei Pflegeeltern wohnte (10).

Der Zwangsvollzug gemäss § 307 I Ziff. 2 ZPO (11) ist aber meines Erachtens das einzige effiziente Mittel, um zu verhindern, dass der nicht obhutberechtigte Elternteil mit dem Kind ins Ausland entflieht.

Nur die Realexekution ermöglicht die umgehende Rückschaffung des Kindes in seine vertraute Umgebung und in den Schutzbereich des Obhutberechtigten. Das Kindeswohl gebietet somit die Anwendung unmittelbaren Zwanges (12).

C. Entscheid betreffend die elterliche Gewalt oder Obhut wurde von den vormundschaftlichen Behörden getroffen (13)

Jede Verwaltungsbehörde vollstreckt die von ihr getroffene Anordnung selbst. Sie ist befugt, die Vollstreckung einer ihr unterstellten Behörde zu übertragen (14). Als Vollstreckungsmittel stehen ihr die Androhung einer Ungehorsamstrafe nach Art. 292 StGB und der unmittelbare Zwang zur Verfügung (15). Für die Realexekution der formell rechtskräftigen Verfügung kann sie die Hilfe der Polizei beanspruchen (16).

Die sich aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung ergebende Abgrenzung zwischen Zivil- und Verwaltungsweg ist zwingender Natur. Der Obhutberechtigte hat daher das Vollstreckungsbegehren an die zuständige vormundschaftliche Behörde zu richten (17).

10 BGE 111 II 313ff.; noch generell für die Zwangsvollstreckung des Herausgabebefehls: ZR 27 (1928) Nr. 91, S. 161; Urteil des Verwaltungsgerichts Baselstadt vom 15.2.1962, abgedruckt in BJM 1963, S. 121ff. (sogar hinsichtlich der in einer vorgelagerten Massnahme erfolgten Zuteilung der Kinder)

11 Näheres bei Sträuli/Messmer, N. 1ff. zu § 307

12 vgl. auch Hegnauer, N. 86ff., 91, 100 und 102f. zu aArt. 273

13 vgl. zur Zuständigkeit § 5 B I und § 6 D

14 § 29 I VRG; vgl. dazu Näheres bei Kölz Alfred, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, N. 1ff. zu § 29

15 § 30 I lit. c und II VRG; mit der Ersatzvornahme nach § 30 I lit. b VRG kann nur die Erfüllung einer vertretbaren Handlung erzwungen werden; vgl. dazu Näheres bei Kölz, a.a.O., N. 10ff., 21ff. und 25ff. zu § 30.

16 § 30 I lit. c VRG

17 Vgl. ZR 84 (1985) Nr. 49, S. 120; sollte das Kind freiwillig beim nicht obhutberechtigten Elternteil Zuflucht gesucht haben, ist nicht der Richter, sondern wiederum die Vormundschaftsbehörde zuständig, das Erforderliche anzuordnen (BGE 94 I 101f.).

Ist die Rechtslage klar und unstreitig oder liegt ein sofort beweisbarer Sachverhalt vor, so kann der Inhaber der elterlichen Gewalt den Herausgabebefehl im Befehlsverfahren vor dem Einzelrichter im summarischen Verfahren am Wohnsitz des Beklagten erwirken (§ 222 Ziff. 2 ZPO) (18). Dieser Herausgabebefehl wird sodann wie die rechtskräftigen Urteile nach § 222 Ziff. 1 vollstreckt (19).

Wird das Kind aber vom Mitinhaber der elterlichen Gewalt entführt, ohne dass ein Obhutentscheid ergangen wäre, dürfte es schwer fallen, die für die Anspruchsberechtigung geforderten Beweise sofort zu erbringen (20). Der Betroffene muss im ordentlichen Verfahren auf die Herausgabe des Kindes klagen (21) oder einen Entscheid über die elterliche Gewalt oder Obhut beantragen.

- 18 Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 16.10.1974, wiedergegeben in BJM 1975, S. 133ff.; Entscheid der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30.1.1956, zusammengefasst in ZBJV 92 (1956), S. 117f. und ZVW 12 (1957), S. 55f.
- 19 Näheres bei Sträuli/Messmer, N. 6ff. zu § 222; kennt ein Kanton ein dem Befehlsverfahren analoges Verfahren zur Handhabung klaren Rechts nicht, so greift der direkte polizeiliche Schutz Platz (vgl. das Urteil des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft vom 16.10.1974, abgedruckt in BJM 1975, S. 140ff.).
- 20 Insbesondere wenn der beklagte Elternteil geltend macht, das Herausgabebegehren widerspreche dem Kindeswohl oder sei rechtsmissbräuchlich (vgl. ZR 67 (1968) Nr. 59, S. 208ff.). In diesem Zeitpunkt liegt auch nie ein Strafurteil gemäss Art. 220 StGB vor, das die Widerrechtlichkeit der Entziehung bestätigen würde.
- 21 vgl. zur Zulässigkeit der Zivilklage auf Herausgabe des Kindes: BGE 78 I 250; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 16.10.1974, entnommen BJM 1975, S. 139ff.; Entscheid der I. Zivilkammer des bernischen Appellationshofes vom 29.1.1965, wiedergegeben in ZBJV 104 (1968), S. 262ff.; Hegnauer, N. 81ff. zu aArt. 273; Egger, N. 12 zu aArt. 273; Silbernagel, N. 11 zu aArt. 273

Noch komplizierter und zeitintensiver ist das Verfahren, falls sich der Elternteil mit dem Kind bereits im Ausland befindet. Alle rechtlichen Schritte setzen die Kenntnis des Aufenthaltsortes des entführten Kindes voraus. Zu dessen Ermittlung sollte Interpol eingeschaltet werden.

Liegt bereits ein inländischer Entscheid über die Zuteilung des Kindes vor, so hat der berechtigte Elternteil im Aufenthaltsstaat des Kindes den Antrag auf Anerkennung und Vollstreckung der Sorgerechtsentscheidung zu stellen.

Fehlt ein diesbezüglicher Entscheid, so muss der Elternteil, dem das Kind entzogen wurde, im Aufenthaltsstaat des Kindes die Uebertragung der elterlichen Gewalt oder Obhut anstreben. Die Rechtslage, insbesondere die Rechtsbehelfe, die Zuständigkeit und das Verfahren, bestimmt sich nach allenfalls zwischen der Schweiz und dem jeweiligen Aufenthaltsstaat des Kindes bestehenden Staatsverträgen oder nach internem ausländischem Recht (22).

Herr Deschenaux oder die Gruppe gegen die Entführung von Kindern verfügen über die nötigen Erfahrungen und Informationen, einen geeigneten Rechtsbeistand im Aufenthaltsstaat des Kindes zu empfehlen, der die nötigen Schritte in die Wege zu leiten vermag. Auch die schweizerischen Konsulate und Botschaften im entsprechenden Land können allenfalls behilflich sein, einen versierten Anwalt zu finden.

Die Strafbarkeit der Entziehung oder des Vorenthaltens des Kindes ist wiederum abhängig vom ausländischen nationalen Recht (23).

Meines Erachtens muss aber trotzdem abgewogen werden, ob ein Auslieferungsbegehren initiiert werden soll, um der Rückführung des Kindes im Ausland die nötige Nachachtung zu verschaffen.

22 vgl. zu den von der Schweiz abgeschlossenen Staatsverträgen
§ 32 B

23 vgl. dazu § 32 B III

Ist der Aufenthaltsstaat des Kindes ein Vertragsstaat eines der Abkommen, erleichtert sich die Rückführung ausserordentlich (24).

Herr Deschenaux als Leiter der Zentralbehörde wird bei der Zentralstelle des Aufenthaltsstaates die Rückführung des Kindes beantragen. Wichtig sind möglichst zahlreiche Angaben über die Identität des Kindes und seiner Eltern, über den Sachverhalt und die diesen beherrschende Rechtslage (25).

Für die nach diesen Uebereinkommen gestellten Anträge erheben die zentralen Behörden oder andere Behörden der Vertragsstaaten keine Gebühr (Verfahrenskosten, Kosten für Anwalt, der allenfalls beigezogen werden muss, etc. werden von jeder Zentralbehörde selbst getragen) (26). Hingegen dürfen dem Antragsteller die Auslagen, die durch die Rückgabe des Kindes entstanden sind oder entstehen (Reisekosten etc.) auferlegt werden (27). Wird die Rückführung des Kindes angeordnet, kann Regress auf den Entführer genommen werden (28).

G. Genugtuungsforderung (Art. 28 ZGB und Art. 49 OR)

Sicherlich wird den Obhutinhaber primär nur die Rückführung des entführten Kindes interessieren. Der Vollständigkeit halber sei aber erwähnt, dass durch die widerrechtliche Entziehung des Kindes ein Anspruch auf Genugtuung entsteht. Diese Genugtuungssumme steht dem Betroffenen zu, weil er durch das widerrechtliche Handeln in seiner Persönlichkeit schwer verletzt wurde (29). Die

24 vgl. § 32 B IV und V

25 vgl. das im Anhang IV aufgeführte Musterformular eines Antrages auf Rückgabe des Kindes

26 vgl. Art. 26 I und II des Haager Uebereinkommens; hingegen sind Vorbehalte der Vertragsstaaten gemäss III zulässig; ebenso Art. 5 Ziff. 3 des Europäischen Uebereinkommens (vgl. Anhang III und II)

27 vgl. Art. 26 II des Haager Uebereinkommens und Art. 5 Ziff. 3 des Europäischen Uebereinkommens

28 vgl. Art. 26 IV des Haager Uebereinkommens

29 Vgl. zur elterlichen Gewalt resp. Obhut als Persönlichkeitsrecht § 1 A I 2.; Widerrechtlichkeit und adäquater Kausalzusammenhang liegen vor.

308 Neufassung des Art. 49 OR (30) verzichtet auf das Erfordernis des schweren Verschuldens seitens des Entführers. Aber bereits unter der alten rechtlichen Regelung des Art. 49 OR wurde das Verschulden des Entführers, der bewusst die Entfremdung der Kinder vom Inhaber der elterlichen Gewalt in Kauf nahm, als schwer bezeichnet. Da der Beklagte die Kinder 1 1/2 Jahre vom obhutberechtigten Elternteil fernhielt, musste er eine Genugtuungssumme in der Höhe von Fr. 10'000.- bezahlen (31).

30 Änderung durch BG vom 16.12.1983, in Kraft seit 1.7.1985
31 Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Landschaft vom 15.6.1978, wiedergegeben in BJM 1981, S. 147ff. (eine gegen diesen Entscheid eingereichte Berufung wurde am 12.12.1978 vom Bundesgericht abgewiesen (vgl. BJM 1981, S. 152))

§ 235 dtStGB: Kindesentziehung

Wer eine Person unter achtzehn Jahren durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern, ihrem Vormund oder ihrem Pfleger entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter aus Gewinnsucht handelt.

§ 195 öStGB: Entziehung eines Minderjährigen aus der Macht des Erziehungsberechtigten

Wer eine minderjährige Person aus der Macht des Erziehungsberechtigten entzieht, sie vor ihm verborgen hält, sie verleitet, sich dieser Macht zu entziehen oder sich vor dem Berechtigten verborgen zu halten, oder ihr dazu Hilfe leistet, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.

Wer die Tat in Beziehung auf eine unmündige Person begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist auch zu bestrafen, wer die Tat begeht, um die minderjährige Person zur Unzucht zu missbrauchen oder der Unzucht zuzuführen.

Der Täter ist nur auf Antrag des Erziehungsberechtigten zu verfolgen. Hat ein an der Tat Beteiligter (§ 12) die minderjährige Person geheiratet, so ist der Täter nur zu bestrafen, wenn die Ehe für nichtig erklärt oder aufgehoben worden ist.

Eine minderjährige Person, die einen anderen dazu verleitet, sie der Macht des Erziehungsberechtigten zu entziehen oder ihr Hilfe zu leisten, sich selbst dieser Macht zu entziehen, ist nicht zu bestrafen.

Europäisches Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für Kinder und die Wiederherstellung des Sorgerechts

Abgeschlossen in Luxemburg am 20. Mai 1980

Von der Bundesversammlung genehmigt am 21. Juni 1983²⁾

Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 27. September 1983

In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1984

0.211.230.01

Die Mitgliedstaaten des Europarats, die dieses Übereinkommen unterzeichnen, in der Erkenntnis, dass in den Mitgliedstaaten des Europarats das Wohl des Kindes bei Entscheidungen über das Sorgerecht von ausschlaggebender Bedeutung ist;

in der Erwägung, dass die Einführung von Regelungen, welche die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen über das Sorgerecht für ein Kind erleichtern sollen, einen grösseren Schutz für das Wohl der Kinder gewährleisten wird;

in der Erwägung, dass es in Anbetracht dessen wünschenswert ist hervorzuheben, dass das Recht der Eltern zum persönlichen Umgang mit dem Kind eine normale Folgeerscheinung des Sorgerechts ist;

im Hinblick auf die wachsende Zahl von Fällen, in denen Kinder in unzulässiger Weise über eine internationale Grenze verbracht worden sind, und die Schwierigkeiten, die dabei entstandenen Probleme in angemessener Weise zu lösen;

in dem Wunsch, geeignete Vorkehrungen zu treffen, die es ermöglichen, das willkürlich unterbrochene Sorgerecht für Kinder wiederherzustellen;

überzeugt, dass es wünschenswert ist, zu diesem Zweck Regelungen zu treffen, die den verschiedenen Bedürfnissen und den unterschiedlichen Umständen entsprechen;

in dem Wunsch, zwischen ihren Behörden eine Zusammenarbeit auf rechtlchem Gebiet herbeizuführen,

sind wie folgt übereingekommen:

Artikel 1

Im Sinn dieses Übereinkommens bedeutet:

- a) *Kind* eine Person gleich welcher Staatsangehörigkeit, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und noch nicht berechtigt ist, nach dem Recht ihres gewöhnlichen Aufenthalts, dem Recht des Staates, dem sie an-

AS 1983 1681; BBl 1983 I 101

¹⁾ Der Originaltext findet sich unter der gleichen Nummer in der französischen Ausgabe dieser Sammlung.

²⁾ Art. I Bst. a des BB vom 21. Juni 1983 (AS 1983 1680)

gehört, oder dem innerstaatlichen Recht des ersuchten Staates ihren eigenen Aufenthalt zu bestimmen;

- b) *Behörde* ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde;
- c) *Sorgerechtsentscheidung* die Entscheidung einer Behörde, soweit sie die Sorge für die Person des Kindes, einschliesslich des Rechts auf Bestimmung seines Aufenthalts oder des Besuchsrechts, betrifft;
- d) *unzulässiges Verbringen* das Verbringen eines Kindes über eine internationale Grenze, wenn dadurch eine Sorgerechtsentscheidung verletzt wird, die in einem Vertragsstaat ergangen und in einem solchen Staat vollstreckbar ist; als unzulässiges Verbringen gilt auch der Fall, in dem
 - i) das Kind am Ende einer Besuchszeit oder eines sonstigen vorübergehenden Aufenthalts in einem anderen Hoheitsgebiet als dem, in dem das Sorgerecht ausgeübt wird, nicht über eine internationale Grenze zurückgebracht wird,
 - ii) das Verbringen nachträglich nach Artikel 12 für widerrechtlich erklärt wird.

Teil I

Zentrale Behörden

Artikel 2

1. Jeder Vertragsstaat bestimmt eine zentrale Behörde, welche die in diesem Übereinkommen vorgesehenen Aufgaben wahrnimmt.
2. Bundesstaaten und Staaten mit mehreren Rechtssystemen steht es frei, mehrere zentrale Behörden zu bestimmen; sie legen deren Zuständigkeit fest.
3. Jede Bezeichnung nach diesem Artikel wird dem Generalsekretär des Europarats notifiziert.

Artikel 3

1. Die zentralen Behörden der Vertragsstaaten arbeiten zusammen und fördern die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden ihrer Staaten. Sie haben mit aller gebotenen Eile zu handeln.
2. Um die Durchführung dieses Übereinkommens zu erleichtern, werden die zentralen Behörden der Vertragsstaaten
 - a) die Übermittlung von Auskunftersuchen sicherstellen, die von zuständigen Behörden ausgehen und sich auf Rechts- oder Tatsachenfragen in anhängigen Verfahren beziehen;
 - b) einander auf Ersuchen Auskünfte über ihr Recht auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder und über dessen Änderungen erteilen;
 - c) einander über alle Schwierigkeiten unterrichten, die bei der Anwendung des Übereinkommens auftreten können, und Hindernisse, die seiner Anwendung entgegenstehen, soweit wie möglich ausräumen.

Artikel 4

1. Wer in einem Vertragsstaat eine Sorgerechtsentscheidung erwirkt hat und sie in einem anderen Vertragsstaat anerkennen oder vollstrecken lassen will, kann zu diesem Zweck einen Antrag an die zentrale Behörde jedes beliebigen Vertragsstaats richten.
2. Dem Antrag sind die in Artikel 13 genannten Schriftstücke beizufügen.
3. Ist die zentrale Behörde, bei der der Antrag eingeht, nicht die zentrale Behörde des ersuchten Staates, so übermittelt sie die Schriftstücke unmittelbar und unverzüglich der letztgenannten Behörde.
4. Die zentrale Behörde, bei der der Antrag eingeht, kann es ablehnen, tätig zu werden, wenn die Voraussetzungen nach diesem Übereinkommen offensichtlich nicht erfüllt sind.
5. Die zentrale Behörde, bei der der Antrag eingeht, unterrichtet den Antragsteller unverzüglich über den Fortgang seines Antrags.

Artikel 5

1. Die zentrale Behörde des ersuchten Staates trifft oder veranlasst unverzüglich alle Vorkehrungen, die sie für geeignet hält, und leitet erforderlichenfalls ein Verfahren vor dessen zuständigen Behörden ein, um
 - a) den Aufenthaltsort des Kindes ausfindig zu machen;
 - b) zu vermeiden, insbesondere durch alle erforderlichen vorläufigen Massnahmen, dass die Interessen des Kindes oder des Antragstellers beeinträchtigt werden;
 - c) die Anerkennung oder Vollstreckung der Entscheidung sicherzustellen;
 - d) die Rückgabe des Kindes an den Antragsteller sicherzustellen, wenn die Vollstreckung der Entscheidung bewilligt wird;
 - e) die ersuchende Behörde über die getroffenen Massnahmen und deren Ergebnisse zu unterrichten.
2. Hat die zentrale Behörde des ersuchten Staates Grund zu der Annahme, dass sich das Kind im Hoheitsgebiet eines anderen Vertragsstaats befindet, so übermittelt sie die Schriftstücke unmittelbar und unverzüglich der zentralen Behörde dieses Staates.
3. Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, vom Antragsteller keine Zahlungen für Massnahmen zu verlangen, die für den Antragsteller aufgrund des Absatzes 1 von der zentralen Behörde des betreffenden Staates getroffen werden; darunter fallen auch die Verfahrenskosten und gegebenenfalls die Kosten für einen Rechtsanwalt, nicht aber die Kosten für die Rückführung des Kindes.
4. Wird die Anerkennung oder Vollstreckung versagt und ist die zentrale Behörde des ersuchten Staates der Auffassung, dass sie dem Ersuchen des Antragstellers stattgeben sollte, in diesem Staat eine Entscheidung in der Sache selbst herbeizuführen, so bemüht sich diese Behörde nach besten Kräften, die Vertretung des Antragstellers in dem Verfahren unter Bedingungen sicherzustellen, die

nicht weniger günstig sind als für eine Person, die in diesem Staat ansässig ist und dessen Staatsangehörigkeit besitzt; zu diesem Zweck kann sie insbesondere ein Verfahren vor dessen zuständigen Behörden einleiten.

Artikel 6

1. Vorbehaltlich besonderer Vereinbarungen zwischen den beteiligten zentralen Behörden und der Bestimmungen des Absatzes 3

- a) müssen Mitteilungen an die zentrale Behörde des ersuchten Staates in der Amtssprache oder einer der Amtssprachen dieses Staates abgefasst oder von einer Übersetzung in diese Sprache begleitet sein;
- b) muss die zentrale Behörde des ersuchten Staates aber auch Mitteilungen annehmen, die in englischer oder französischer Sprache abgefasst oder von einer Übersetzung in eine dieser Sprachen begleitet sind.

2. Mitteilungen, die von der zentralen Behörde des ersuchten Staates ausgehen, einschliesslich der Ergebnisse von Ermittlungen, können in der Amtssprache oder einer der Amtssprachen dieses Staates oder in englischer oder französischer Sprache abgefasst sein.

3. Ein Vertragsstaat kann die Anwendung des Absatzes 1 Buchstabe b ganz oder teilweise ausschliessen. Hat ein Vertragsstaat diesen Vorbehalt angebracht, so kann jeder andere Vertragsstaat ihm gegenüber den Vorbehalt auch anwenden.

Teil II

Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und Wiederherstellung des Sorgerechts

Artikel 7

Sorgerechtsentscheidungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind, werden in jedem anderen Vertragsstaat anerkannt und, wenn sie im Ursprungsstaat vollstreckbar sind, für vollstreckbar erklärt.

Artikel 8

1. Im Fall eines unzulässigen Verbringens hat die zentrale Behörde des ersuchten Staates umgehend die Wiederherstellung des Sorgerechts zu veranlassen, wenn

- a) zur Zeit der Einleitung des Verfahrens in dem Staat, in dem die Entscheidung ergangen ist, oder zur Zeit des unzulässigen Verbringens, falls dieses früher erfolgte, das Kind und seine Eltern nur Angehörige dieses Staates waren und das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet dieses Staates hatte, und
- b) der Antrag auf Wiederherstellung innerhalb von sechs Monaten nach dem unzulässigen Verbringen bei einer zentralen Behörde gestellt worden ist.

2. Können nach dem Recht des ersuchten Staates die Voraussetzungen des Absatzes 1 nicht ohne ein gerichtliches Verfahren erfüllt werden, so finden in diesem Verfahren die in dem Übereinkommen genannten Versagungsgründe keine Anwendung.

3. Ist in einer von einer zuständigen Behörde genehmigten Vereinbarung zwischen dem Sorgeberechtigten und einem Dritten diesem ein Besuchsrecht eingeräumt worden und ist das ins Ausland gebrachte Kind am Ende der vereinbarten Zeit dem Sorgeberechtigten nicht zurückgegeben worden, so wird das Sorgerecht nach Absatz 1 Buchstabe b und Absatz 2 wiederhergestellt. Dasselbe gilt, wenn durch Entscheidung der zuständigen Behörde ein solches Recht einer Person zuerkannt wird, die nicht sorgeberechtigt ist.

Artikel 9

1. Ist in anderen als den in Artikel 8 genannten Fällen eines unzulässigen Verbringens ein Antrag innerhalb von sechs Monaten nach dem Verbringen bei einer zentralen Behörde gestellt worden, so können die Anerkennung und Vollstreckung nur in folgenden Fällen versagt werden:

- a) wenn bei einer Entscheidung, die in Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters ergangen ist, dem Beklagten das das Verfahren einleitende Schriftstück oder ein gleichwertiges Schriftstück weder ordnungsgemäss noch so rechtzeitig zugestellt worden ist, dass er sich verteidigen konnte; die Nichtzustellung kann jedoch dann kein Grund für die Versagung der Anerkennung oder Vollstreckung sein, wenn die Zustellung deswegen nicht bewirkt worden ist, weil der Beklagte seinen Aufenthaltsort der Person verheimlicht hat, die das Verfahren im Ursprungsstaat eingeleitet hatte;
- b) wenn bei einer Entscheidung, die in Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters ergangen ist, die Zuständigkeit der die Entscheidung treffenden Behörde nicht begründet war auf
 - i) den gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten,
 - ii) den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Eltern des Kindes, sofern wenigstens ein Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch dort hat, oder
 - iii) den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes;
- c) wenn die Entscheidung mit einer Sorgerechtsentscheidung unvereinbar ist, die im ersuchten Staat vor dem Verbringen des Kindes vollstreckbar wurde, es sei denn, das Kind habe während des Jahres vor seinem Verbringen den gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet des ersuchenden Staates gehabt.

2. Ist kein Antrag bei einer zentralen Behörde gestellt worden, so findet Absatz 1 auch dann Anwendung, wenn innerhalb von sechs Monaten nach dem unzulässigen Verbringen die Anerkennung und Vollstreckung beantragt wird.

3. Auf keinen Fall darf die ausländische Entscheidung inhaltlich nachgeprüft werden.

Artikel 10

1. In anderen als den in den Artikeln 8 und 9 genannten Fällen können die Anerkennung und Vollstreckung nicht nur aus den in Artikel 9 vorgesehenen, sondern auch aus einem der folgenden Gründe versagt werden:

- a) wenn die Wirkungen der Entscheidung mit den Grundwerten des Familien- und Kindschaftsrechts im ersuchten Staat offensichtlich unvereinbar sind;
- b) wenn aufgrund einer Änderung der Verhältnisse – dazu zählt auch der Zeitablauf, nicht aber der blosse Wechsel des Aufenthaltsorts des Kindes infolge eines unzulässigen Verbringens – die Wirkungen der ursprünglichen Entscheidung offensichtlich nicht mehr dem Wohl des Kindes entsprechen;
- c) wenn zur Zeit der Einleitung des Verfahrens im Ursprungsstaat
 - i) das Kind Angehöriger des ersuchten Staates war oder dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte und keine solche Beziehung zum Ursprungsstaat bestand,
 - ii) das Kind sowohl Angehöriger des Ursprungsstaats als auch des ersuchten Staates war und seinen gewöhnlichen Aufenthalt im ersuchten Staat hatte;
- d) wenn die Entscheidung mit einer im ersuchten Staat ergangenen oder mit einer dort vollstreckbaren Entscheidung eines Drittstaats unvereinbar ist, die Entscheidung muss in einem Verfahren ergangen sein, das eingeleitet wurde, bevor der Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckung gestellt wurde, und die Versagung muss dem Wohl des Kindes entsprechen.

2. In diesen Fällen können Verfahren auf Anerkennung oder Vollstreckung aus einem der folgenden Gründe ausgesetzt werden:

- a) wenn gegen die ursprüngliche Entscheidung ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden ist;
- b) wenn im ersuchten Staat ein Verfahren über das Sorgerecht für das Kind anhängig ist und dieses Verfahren vor Einleitung des Verfahrens im Ursprungsstaat eingeleitet wurde;
- c) wenn eine andere Entscheidung über das Sorgerecht für das Kind Gegenstand eines Verfahrens auf Vollstreckung oder eines anderen Verfahrens auf Anerkennung der Entscheidung ist.

Artikel 11

1. Die Entscheidungen über das Besuchsrecht und die in Sorgerechtsentscheidungen enthaltenen Regelungen über das Besuchsrecht werden unter den gleichen Bedingungen wie andere Sorgerechtsentscheidungen anerkannt und vollstreckt.

2. Die zuständige Behörde des ersuchten Staates kann jedoch die Bedingungen für die Durchführung und Ausübung des Besuchsrechts festlegen; dabei werden insbesondere die von den Parteien eingegangenen diesbezüglichen Verpflichtungen berücksichtigt.

3. Ist keine Entscheidung über das Besuchsrecht ergangen oder ist die Anerkennung oder Vollstreckung der Sorgerechtsentscheidung versagt worden, so kann sich die zentrale Behörde des ersuchten Staates auf Antrag der Person, die das Besuchsrecht beansprucht, an die zuständige Behörde ihres Staates wenden, um eine solche Entscheidung zu erwirken.

Artikel 12

Liegt zu dem Zeitpunkt, in dem das Kind über eine internationale Grenze verbracht wird, keine in einem Vertragsstaat ergangene vollstreckbare Sorgerechtsentscheidung vor, so ist dieses Übereinkommen auf jede spätere in einem Vertragsstaat ergangene Entscheidung anzuwenden, mit der das Verbringen auf Antrag eines Beteiligten für widerrechtlich erklärt wird.

Teil III Verfahren

Artikel 13

1. Dem Antrag auf Anerkennung oder Vollstreckung einer Sorgerechtsentscheidung in einem anderen Vertragsstaat sind beizufügen

- a) ein Schriftstück, in dem die zentrale Behörde des ersuchten Staates ermächtigt wird, für den Antragsteller tätig zu werden oder einen anderen Vertreter für diesen Zweck zu bestimmen;
- b) eine Ausfertigung der Entscheidung, welche die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt;
- c) im Fall einer in Abwesenheit des Beklagten oder seines gesetzlichen Vertreters ergangenen Entscheidung ein Schriftstück, aus dem sich ergibt, dass das Schriftstück, mit dem das Verfahren eingeleitet wurde, oder ein gleichwertiges Schriftstück dem Beklagten ordnungsgemäss zugestellt worden ist;
- d) gegebenenfalls ein Schriftstück, aus dem sich ergibt, dass die Entscheidung nach dem Recht des Ursprungsstaats vollstreckbar ist;
- e) wenn möglich eine Angabe über den Aufenthaltsort oder den wahrscheinlichen Aufenthaltsort des Kindes im ersuchten Staat;
- f) Vorschläge dafür, wie das Sorgerecht für das Kind wiederhergestellt werden soll.

2. Den obengenannten Schriftstücken ist erforderlichenfalls eine Übersetzung nach Massgabe des Artikels 6 beizufügen.

Artikel 14

Jeder Vertragsstaat wendet für die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen ein einfaches und beschleunigtes Verfahren an. Zu diesem Zweck stellt er sicher, dass die Vollstreckbarerklärung in Form eines einfachen Antrags begehrt werden kann.

Artikel 15

1. Bevor die Behörde des ersuchten Staates eine Entscheidung nach Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe b trifft,

- a) muss sie die Meinung des Kindes feststellen, sofern dies nicht insbesondere wegen seines Alters und Auffassungsvermögens undurchführbar ist;
- b) kann sie verlangen, dass geeignete Ermittlungen durchgeführt werden.

2. Die Kosten für die in einem Vertragsstaat durchgeführten Ermittlungen werden von den Behörden des Staates getragen, in dem sie durchgeführt wurden.

3. Ermittlungsersuchen und die Ergebnisse der Ermittlungen können der ersuchenden Behörde über die zentralen Behörden mitgeteilt werden.

Artikel 16

Für die Zwecke dieses Übereinkommens darf keine Beglaubigung oder ähnliche Förmlichkeit verlangt werden.

Teil IV**Vorbehalte****Artikel 17**

1. Jeder Vertragsstaat kann sich vorbehalten, dass in den von den Artikeln 8 und 9 oder von einem dieser Artikel erfassten Fällen die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen aus denjenigen der in Artikel 10 vorgesehenen Gründe versagt werden kann, die in dem Vorbehalt bezeichnet sind.

2. Die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind, der den in Absatz 1 vorgesehenen Vorbehalt angebracht hat, können in jedem anderen Vertragsstaat aus einem der in diesem Vorbehalt bezeichneten zusätzlichen Gründe versagt werden.

Artikel 18

Jeder Vertragsstaat kann sich vorbehalten, durch Artikel 12 nicht gebunden zu sein. Auf die in Artikel 12 genannten Entscheidungen, die in einem Vertragsstaat ergangen sind, der einen solchen Vorbehalt angebracht hat, ist dieses Übereinkommen nicht anwendbar.

Teil V**Andere Übereinkünfte****Artikel 19**

Dieses Übereinkommen schliesst nicht aus, dass eine andere internationale Übereinkunft zwischen dem Ursprungsstaat und dem ersuchten Staat oder das

nichtvertragliche Recht des ersuchten Staates angewendet wird, um die Anerkennung oder Vollstreckung einer Entscheidung zu erwirken.

Artikel 20

1. Dieses Übereinkommen lässt Verpflichtungen unberührt, die ein Vertragsstaat gegenüber einem Nichtvertragsstaat aufgrund einer internationalen Übereinkunft hat, die sich auf in diesem Übereinkommen geregelte Angelegenheiten erstreckt.

2. Haben zwei oder mehr Vertragsstaaten auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder einheitliche Rechtsvorschriften erlassen oder ein besonderes System zur Anerkennung oder Vollstreckung von Entscheidungen auf diesem Gebiet geschaffen oder werden sie dies in Zukunft tun, so steht es ihnen frei, anstelle des Übereinkommens oder eines Teiles davon diese Rechtsvorschriften oder dieses System untereinander anzuwenden. Um von dieser Bestimmung Gebrauch machen zu können, müssen diese Staaten ihre Entscheidung dem Generalsekretär des Europarats notifizieren. Jede Änderung oder Aufhebung dieser Entscheidung ist ebenfalls zu notifizieren.

Teil VI Schlussbestimmungen

Artikel 21

Dieses Übereinkommen liegt für die Mitgliedstaaten des Europarats zur Unterzeichnung auf. Es bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung. Die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Generalsekretär des Europarats hinterlegt.

Artikel 22

1. Dieses Übereinkommen tritt am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach dem Tag folgt, an dem drei Mitgliedstaaten des Europarats nach Artikel 21 ihre Zustimmung ausgedrückt haben, durch das Übereinkommen gebunden zu sein.

2. Für jeden Mitgliedstaat, der später seine Zustimmung ausdrückt, durch das Übereinkommen gebunden zu sein, tritt es am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Hinterlegung der Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunde folgt.

Artikel 23

1. Nach Inkrafttreten dieses Übereinkommens kann das Ministerkomitee des Europarats durch einen mit der in Artikel 20 Buchstabe d der Satzung¹⁾ vorgesehenen Mehrheit und mit einhelliger Zustimmung der Vertreter der Vertrags-

¹⁾ SR 0.192.030

staaten, die Anspruch auf einen Sitz im Komitee haben, gefassten Beschluss jeden Nichtmitgliedstaat des Rates einladen, dem Übereinkommen beizutreten.

2. Für jeden beitretenden Staat tritt das Übereinkommen am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Hinterlegung der Beitrittsurkunde beim Generalsekretär des Europarats folgt.

Artikel 24

1. Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde einzelne oder mehrere Hoheitsgebiete bezeichnen, auf die dieses Übereinkommen Anwendung findet.

2. Jeder Staat kann jederzeit danach durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Erklärung die Anwendung dieses Übereinkommens auf jedes weitere in der Erklärung bezeichnete Hoheitsgebiet erstrecken. Das Übereinkommen tritt für dieses Hoheitsgebiet am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Eingang der Erklärung beim Generalsekretär folgt.

3. Jede nach den Absätzen 1 und 2 abgegebene Erklärung kann in bezug auf jedes darin bezeichnete Hoheitsgebiet durch eine an den Generalsekretär gerichtete Notifikation zurückgenommen werden. Die Rücknahme wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär folgt.

Artikel 25

1. Ein Staat, der aus zwei oder mehr Gebietseinheiten besteht, in denen für Angelegenheiten des Sorgerechts für Kinder und für die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen unterschiedliche Rechtssysteme gelten, kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde erklären, dass dieses Übereinkommen auf alle seine Gebietseinheiten oder auf eine oder mehrere davon Anwendung findet.

2. Ein solcher Staat kann jederzeit danach durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Erklärung die Anwendung dieses Übereinkommens auf jede weitere in der Erklärung bezeichnete Gebietseinheit erstrecken. Das Übereinkommen tritt für diese Gebietseinheit am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf einen Zeitabschnitt von drei Monaten nach Eingang der Erklärung beim Generalsekretär folgt.

3. Jede nach den Absätzen 1 und 2 abgegebene Erklärung kann in bezug auf jede darin bezeichnete Gebietseinheit durch eine an den Generalsekretär gerichtete Notifikation zurückgenommen werden. Die Rücknahme wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär folgt.

Artikel 26

1. Bestehen in einem Staat auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder zwei oder mehr Rechtssysteme, die einen räumlich verschiedenen Anwendungsbereich haben, so ist

- a) eine Verweisung auf das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts oder der Staatsangehörigkeit einer Person als Verweisung auf das Rechtssystem zu verstehen, das von den in diesem Staat geltenden Rechtsvorschriften bestimmt wird, oder, wenn es solche Vorschriften nicht gibt, auf das Rechtssystem, zu dem die betreffende Person die engste Beziehung hat;
- b) eine Verweisung auf den Ursprungsstaat oder auf den ersuchten Staat als Verweisung auf die Gebietseinheit zu verstehen, in der die Entscheidung ergangen ist oder in der die Anerkennung oder Vollstreckung der Entscheidung oder die Wiederherstellung des Sorgerechts beantragt wird.

2. Absatz 1 Buchstabe a wird entsprechend auf Staaten angewendet, die auf dem Gebiet des Sorgerechts zwei oder mehr Rechtssysteme mit persönlich verschiedenem Anwendungsbereich haben.

Artikel 27

1. Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung oder bei der Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde erklären, dass er von einem oder mehreren der in Artikel 6 Absatz 3 und in den Artikeln 17 und 18 vorgesehenen Vorbehalte Gebrauch macht. Weitere Vorbehalte sind nicht zulässig.

2. Jeder Vertragsstaat, der einen Vorbehalt nach Absatz 1 angebracht hat, kann ihn durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Notifikation ganz oder teilweise zurücknehmen. Die Rücknahme wird mit dem Eingang der Notifikation beim Generalsekretär wirksam.

Artikel 28

Der Generalsekretär des Europarats lädt am Ende des dritten Jahres, das auf den Tag des Inkrafttretens dieses Übereinkommens folgt, und von sich aus jederzeit danach die Vertreter der von den Vertragsstaaten bestimmten zentralen Behörden zu einer Tagung ein, um die Wirkungsweise des Übereinkommens zu erörtern und zu erleichtern. Jeder Mitgliedstaat des Europarats, der nicht Vertragspartei des Übereinkommens ist, kann sich durch einen Beobachter vertreten lassen. Über die Arbeiten jeder Tagung wird ein Bericht angefertigt und dem Ministerkomitee des Europarats zur Kenntnisnahme vorgelegt.

Artikel 29

1. Jede Vertragspartei kann dieses Übereinkommen jederzeit durch eine an den Generalsekretär des Europarats gerichtete Notifikation kündigen.

2. Die Kündigung wird am ersten Tag des Monats wirksam, der auf einen Zeitabschnitt von sechs Monaten nach Eingang der Notifikation beim Generalsekretär folgt.

Artikel 30

Der Generalsekretär des Europarats notifiziert den Mitgliedstaaten des Rates und jedem Staat, der diesem Übereinkommen beigetreten ist,

- a) jede Unterzeichnung;
- b) jede Hinterlegung einer Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde;
- c) jeden Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Übereinkommens nach den Artikeln 22, 23, 24 und 25;
- d) jede andere Handlung, Notifikation oder Mitteilung im Zusammenhang mit diesem Übereinkommen.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten dieses Übereinkommen unterschrieben.

Geschehen zu Luxemburg am 20. Mai 1980 in englischer und französischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv des Europarats hinterlegt wird. Der Generalsekretär des Europarats übermittelt allen Mitgliedstaaten des Europarats und allen zum Beitritt zu diesem Übereinkommen eingeladenen Staaten beglaubigte Abschriften.

(Es folgen die Unterschriften)

Geltungsbereich des Übereinkommens am 1. April 1987

Vertragsstaaten	Ratifikation	Inkrafttreten
Belgien ¹⁾	1. Oktober 1985	1. Februar 1986
Frankreich ¹⁾	4. August 1982	1. September 1983
Grossbritannien ¹⁾	21. April 1986	1. August 1986
Luxemburg ¹⁾	25. Mai 1983	1. September 1983
Österreich ¹⁾	12. April 1985	1. August 1985
Portugal ¹⁾	18. März 1983	1. September 1983
Schweiz ¹⁾	27. September 1983	1. Januar 1984
Spanien ¹⁾	30. Mai 1984	1. September 1984
Zypern ¹⁾	13. Juni 1986	1. Oktober 1986

¹⁾ Vorbehalte und Erklärungen siehe hiernach.

Vorbehalte und Erklärungen

Belgien

Gemäss den Bestimmungen von Artikel 2 des Übereinkommens bezeichnet die belgische Regierung als die für die Ausübung der im Übereinkommen vorgesehenen Funktionen zuständige zentrale Behörde das Justizministerium, 4, Place Poelaert, B-1000 Bruxelles.

Frankreich

Die französische Regierung erklärt:

- dass gemäss den Bestimmungen von Artikel 2 das «Ministère de la Justice, Bureau de l'Entraide Judiciaire Internationale (13, place Vendôme, 75001 Paris)» als zentrale Behörde bestimmt worden ist;
- dass sie gemäss den Bestimmungen der Artikel 27 und 17 den Vorbehalt anbringt, wonach sie in den von den Artikeln 8 und 9 erfassten Fällen die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen aus den in Artikel 10 des Übereinkommens vorgesehenen Gründen verweigert.

Grossbritannien

- Gemäss Artikel 17 Absatz 1 des Übereinkommens behält sich das Vereinigte Königreich das Recht vor, die Anerkennung und die Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen aus einem der in Artikel 10 genannten Gründe in den Fällen, die in Artikel 8 und 9 oder in einem dieser Artikel vorgesehen sind, zu verweigern.
- Das Übereinkommen wird nur bezüglich des Vereinigten Königreiches von Grossbritannien und Nordirland ratifiziert.
- Um jeden Zweifel zu vermeiden, wird das Vereinigte Königreich Artikel 20 Absatz 1 dieses Übereinkommens dahingehend interpretieren, dass er insbesondere alle Verpflichtungen deckt, die das Vereinigte Königreich hinsichtlich eines Staates, der nicht Partei dieses Übereinkommens ist, aufgrund des am 25. Oktober 1980¹⁾ in Den Haag abgeschlossenen Übereinkommens über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung haben kann.
- Gemäss Artikel 2 des Übereinkommens bestimmt das Vereinigte Königreich die folgenden zentralen Behörden:
 - i) für England und Wales: The Lord Chancellor's Department, Trevelyan House, 30 Great Peter Street, GB – London SW1P 2BY;
 - ii) für Schottland: The Secretary of State for Scotland, the Scottish Courts Administration, 26/27 Royal Terrace, Edinburgh, EH7 5AH;
 - iii) für Nordirland: The Lord Chancellor, Northern Ireland Court Service, Windsor House, 9/15 Bedford Street, Belfast, BT2 7LT.

¹⁾ SR 0.211.230.02

Luxemburg

Gemäss Artikel 30 teilt Luxemburg mit, dass die in Artikel 2 des Übereinkommens erwähnte zentrale Behörde die folgende ist: «Le Procureur Général d'Etat».

Österreich

Die Republik Österreich macht gemäss Artikel 27 von den Vorbehalten Gebrauch, die vorgesehen sind

- a) im Artikel 6 Absatz 3 und
- b) im Artikel 17 Absatz 1 und erklärt, dass in den von den Artikeln 8 und 9 erfassten Fällen die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen aus den im Artikel 10 Absatz 1 Buchstaben a und b vorgesehenen Gründen versagt werden kann.

Die Republik Österreich bestimmt gemäss Artikel 2 das Bundesministerium für Justiz, A-1016 Wien, Postfach 63, als zentrale Behörde.

Portugal

Gemäss Artikel 30 teilt Portugal mit, dass die in Artikel 2 des Übereinkommens erwähnte zentrale Behörde die folgende ist:

«Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores
Praça do Comércio
1100-LISBOA».

Schweiz¹⁾

Gemäss Artikel 27 macht die Schweiz von dem in Artikel 17 vorgesehenen Vorbehalt Gebrauch und wird in den von den Artikeln 8 und 9 erfassten Fällen die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen aus dem in Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe d des Übereinkommens vorgesehenen Grund verweigern.

In Anwendung von Artikel 2 des Übereinkommens bezeichnet die Schweiz als zentrale Behörde das Bundesamt für Justiz.

Spanien*Erklärung*

Die zentrale spanische Behörde im Sinne von Artikel 2 Absatz 1, welche die im Übereinkommen vorgesehenen Aufgaben erfüllt, ist das Untersekretariat des Justizministeriums, Abteilung für Strafsachen, Negociado 1, Madrid 8.

¹⁾ Art. 1 und 2 des BB vom 21. Juni 1983 (AS 1983 1680)

Vorbehalte

1. Gemäss Artikel 27 macht Spanien von der in Artikel 6 Absatz 3 des Übereinkommens vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch und behält sich das Recht vor, die Anwendung des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe b auszuschliessen, indem es in französisch oder englisch abgefasste Mitteilungen oder Übersetzungen in eine dieser Sprachen zurückweist.

2. Gemäss Artikel 17 Absatz 1 des Übereinkommens behält sich Spanien die Möglichkeit vor, die Anerkennung und Vollstreckung von Sorgerechtsentscheidungen, wie sie in den von den Artikeln 8 und 9 erfassten Fällen vorgesehen sind, aus folgenden Gründen zu verweigern:

- a) wenn feststeht, dass die Auswirkungen des Entscheides offensichtlich mit den Grundsätzen des spanischen Familien- und Kindesrechts unvereinbar sind;
- b) wenn zur Zeit der Einleitung des Verfahrens im Ursprungsstaat:
 - i) das Kind die spanische Staatsangehörigkeit besessen oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien gehabt hat, währenddem keine dieser Anknüpfungspunkte mit dem Ursprungsstaat bestanden haben;
 - ii) wenn das Kind gleichzeitig die Staatsangehörigkeit des Ursprungsstaates und die spanische Staatsangehörigkeit besessen und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien gehabt hat;
- c) wenn die Entscheidung, als Folge eines vor der Einreichung des Anerkennungs- oder Vollstreckungsantrages eingeleiteten Verfahrens, sich mit einer in Spanien oder in einem Drittstaat ergangenen und in Spanien vollstreckbaren Entscheidung als unvereinbar erweist und wenn die Versagung dem Kindesinteresse entspricht;

In den selben Fällen können Verfahren auf Anerkennung oder Vollstreckung aus einem der folgenden Gründe ausgesetzt werden:

- a) wenn gegen die ursprüngliche Entscheidung ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt worden ist;
- b) wenn in Spanien ein Verfahren über das Sorgerecht für das Kind anhängig ist und dieses Verfahren vor Einleitung des entsprechenden Verfahrens eingeleitet wurde;
- c) wenn eine andere Entscheidung über das Sorgerecht für das Kind Gegenstand eines Verfahrens auf Vollstreckung oder eines anderen Verfahrens auf Anerkennung der Entscheidung ist.

3. Gemäss Artikel 18 behält sich Spanien vor, durch die Bestimmungen von Artikel 12 nicht gebunden zu sein.

Zypern

Die Regierung der Republik Zypern bezeichnet gemäss den Bestimmungen von Artikel 2 des Übereinkommens den Justizminister, Justizministerium, Nikosia, als zentrale Behörde.

Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung

Abgeschlossen in Den Haag am 25. Oktober 1980

Von der Bundesversammlung genehmigt am 21. Juni 1983²⁾

Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 11. Oktober 1983

In Kraft getreten für die Schweiz am 1. Januar 1984

0.211.230.02

Die Unterzeichnerstaaten dieses Übereinkommens,

in der festen Überzeugung, dass das Wohl des Kindes in allen Angelegenheiten des Sorgerechts von vorrangiger Bedeutung ist;

in dem Wunsch, das Kind vor den Nachteilen eines widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens international zu schützen und Verfahren einzuführen, um seine sofortige Rückgabe in den Staat seines gewöhnlichen Aufenthalts sicherzustellen und den Schutz des Rechts zum persönlichen Umgang mit dem Kind zu gewährleisten,

haben beschlossen, zu diesem Zweck ein Übereinkommen zu schliessen, und haben die folgenden Bestimmungen vereinbart:

Kapitel I

Anwendungsbereich des Übereinkommens

Artikel 1

Ziel dieses Übereinkommens ist es,

- a) die sofortige Rückgabe widerrechtlich in einen Vertragsstaat verbrachter oder dort zurückgehaltener Kinder sicherzustellen, und
- b) zu gewährleisten, dass das in einem Vertragsstaat bestehende Sorge- und Besuchsrecht in den anderen Vertragsstaaten tatsächlich beachtet wird.

Artikel 2

Die Vertragsstaaten treffen alle geeigneten Massnahmen, um in ihrem Hoheitsgebiet die Ziele des Übereinkommens zu verwirklichen. Zu diesem Zweck wenden sie ihre schnellstmöglichen Verfahren an.

Artikel 3

Das Verbringen oder Zurückhalten eines Kindes gilt als widerrechtlich, wenn

- a) dadurch das Sorgerecht verletzt wird, das einer Person, Behörde oder sonstigen Stelle allein oder gemeinsam nach dem Recht des Staates zusteht, in dem das Kind unmittelbar vor dem Verbringen oder Zurückhalten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, und

AS 1983 1694; BBl 1983 I 101

¹⁾ Der Originaltext findet sich unter der gleichen Nummer in der französischen Ausgabe dieser Sammlung.

²⁾ Art. 1 Bst. b des BB vom 21. Juni 1983 (AS 1983 1680)

- b) dieses Recht im Zeitpunkt des Verbringens oder Zurückhaltens allein oder gemeinsam tatsächlich ausgeübt wurde oder ausgeübt worden wäre, falls das Verbringen oder Zurückhalten nicht stattgefunden hätte.

Das unter Buchstabe a genannte Sorgerecht kann insbesondere kraft Gesetzes, aufgrund einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung oder aufgrund einer nach dem Recht des betreffenden Staates wirksamen Vereinbarung bestehen.

Artikel 4

Das Übereinkommen wird auf jedes Kind angewendet, das unmittelbar vor einer Verletzung des Sorge- oder Besuchsrechts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hatte. Das Übereinkommen wird nicht mehr angewendet, sobald das Kind das 16. Lebensjahr vollendet hat.

Artikel 5

Im Sinn dieses Übereinkommens umfasst

- a) das «Sorgerecht» die Sorge für die Person des Kindes und insbesondere das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen;
- b) das «Besuchsrecht» das Recht, das Kind für eine begrenzte Zeit an einen anderen Ort als seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zu bringen.

Kapitel II Zentrale Behörden

Artikel 6

Jeder Vertragsstaat bestimmt eine zentrale Behörde, welche die ihr durch dieses Übereinkommen übertragenen Aufgaben wahrnimmt.

Einem Bundesstaat, einem Staat mit mehreren Rechtssystemen oder einem Staat, der aus autonomen Gebietskörperschaften besteht, steht es frei, mehrere zentrale Behörden zu bestimmen und deren räumliche Zuständigkeit festzulegen. Macht ein Staat von dieser Möglichkeit Gebrauch, so bestimmt er die zentrale Behörde, an welche die Anträge zur Übermittlung an die zuständige zentrale Behörde in diesem Staat gerichtet werden können.

Artikel 7

Die zentralen Behörden arbeiten zusammen und fördern die Zusammenarbeit der zuständigen Behörden ihrer Staaten, um die sofortige Rückgabe von Kindern sicherzustellen und auch die anderen Ziele dieses Übereinkommens zu verwirklichen.

Insbesondere treffen sie unmittelbar oder mit Hilfe anderer alle geeigneten Massnahmen, um

- a) den Aufenthaltsort eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes ausfindig zu machen;
- b) weitere Gefahren von dem Kind oder Nachteile von den betroffenen Parteien abzuwenden, indem sie vorsorgliche Massnahmen treffen oder veranlassen;
- c) die freiwillige Rückgabe des Kindes sicherzustellen oder eine gütliche Regelung der Angelegenheit herbeizuführen;
- d) soweit zweckdienlich Auskünfte über die soziale Lage des Kindes auszutauschen;
- e) im Zusammenhang mit der Anwendung des Übereinkommens allgemeine Auskünfte über das Recht ihrer Staaten zu erteilen;
- f) ein gerichtliches oder behördliches Verfahren einzuleiten oder die Einleitung eines solchen Verfahrens zu erleichtern, um die Rückgabe des Kindes zu erwirken sowie gegebenenfalls die Durchführung oder die wirksame Ausübung des Besuchsrechts zu gewährleisten;
- g) soweit erforderlich die Bewilligung von unentgeltlicher Rechtshilfe und Rechtsberatung, einschliesslich der Beordnung eines Rechtsanwalts, zu veranlassen oder zu erleichtern;
- h) durch etwa notwendige und geeignete behördliche Vorkehrungen die sichere Rückgabe des Kindes zu gewährleisten;
- i) einander über die Wirkungsweise des Übereinkommens zu unterrichten und Hindernisse, die seiner Anwendung entgegenstehen, soweit wie möglich auszuräumen.

Kapitel III

Rückgabe von Kindern

Artikel 8

Macht eine Person, Behörde oder sonstige Stelle geltend, ein Kind sei unter Verletzung des Sorgerechts verbracht oder zurückgehalten worden, so kann sie sich entweder an die für den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes zuständige zentrale Behörde oder an die zentrale Behörde eines anderen Vertragsstaats wenden, um mit deren Unterstützung die Rückgabe des Kindes sicherzustellen.

Der Antrag muss enthalten

- a) Angaben über die Identität des Antragstellers, des Kindes und der Person, die das Kind angeblich verbracht oder zurückgehalten hat;
- b) das Geburtsdatum des Kindes, soweit es festgestellt werden kann;
- c) die Gründe, die der Antragsteller für seinen Anspruch auf Rückgabe des Kindes geltend macht;
- d) alle verfügbaren Angaben über den Aufenthaltsort des Kindes und die Identität der Person, bei der sich das Kind vermutlich befindet.

Der Antrag kann wie folgt ergänzt oder es können ihm folgende Anlagen beigelegt werden:

- e) eine beglaubigte Ausfertigung einer für die Sache erheblichen Entscheidung oder Vereinbarung;
- f) eine Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über die einschlägigen Rechtsvorschriften des betreffenden Staates; sie muss von der zentralen Behörde oder einer sonstigen zuständigen Behörde des Staates, in dem sich das Kind gewöhnlich aufhält, oder von einer dazu befugten Person ausgehen;
- g) jedes sonstige für die Sache erhebliche Schriftstück.

Artikel 9

Hat die zentrale Behörde, bei der ein Antrag nach Artikel 8 eingeht, Grund zu der Annahme, dass sich das Kind in einem anderen Vertragsstaat befindet, so übermittelt sie den Antrag unmittelbar und unverzüglich der zentralen Behörde dieses Staates; sie unterrichtet davon die ersuchende zentrale Behörde oder gegebenenfalls den Antragsteller.

Artikel 10

Die zentrale Behörde des Staates, in dem sich das Kind befindet, trifft oder veranlasst alle geeigneten Massnahmen, um die freiwillige Rückgabe des Kindes zu bewirken.

Artikel 11

In Verfahren auf Rückgabe von Kindern haben die Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines jeden Vertragsstaats mit der gebotenen Eile zu handeln.

Hat das Gericht oder die Verwaltungsbehörde, die mit der Sache befasst sind, nicht innerhalb von sechs Wochen nach Eingang des Antrags eine Entscheidung getroffen, so kann der Antragsteller oder die zentrale Behörde des ersuchten Staates von sich aus oder auf Begehren der zentralen Behörde des ersuchenden Staates eine Darstellung der Gründe für die Verzögerung verlangen. Hat die zentrale Behörde des ersuchten Staates die Antwort erhalten, so übermittelt sie diese der zentralen Behörde des ersuchenden Staates oder gegebenenfalls dem Antragsteller.

Artikel 12

Ist ein Kind im Sinn des Artikels 3 widerrechtlich verbracht oder zurückgehalten worden und ist bei Eingang des Antrags bei dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde des Vertragsstaats, in dem sich das Kind befindet, eine Frist von weniger als einem Jahr seit dem Verbringen oder Zurückhalten verstrichen, so ordnet das zuständige Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die sofortige Rückgabe des Kindes an.

Ist der Antrag erst nach Ablauf der in Absatz 1 bezeichneten Jahresfrist eingegangen, so ordnet das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Rückgabe des

Kindes ebenfalls an, sofern nicht erwiesen ist, dass das Kind sich in seine neue Umgebung eingelebt hat.

Hat das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates Grund zu der Annahme, dass das Kind in einen anderen Staat verbracht worden ist, so kann das Verfahren ausgesetzt oder der Antrag auf Rückgabe des Kindes abgelehnt werden.

Artikel 13

Ungeachtet des Artikels 12 ist das Gericht oder die Verwaltungsbehörde des ersuchten Staates nicht verpflichtet, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn die Person, Behörde oder sonstige Stelle, die sich der Rückgabe des Kindes widersetzt, nachweist,

- a) dass die Person, Behörde oder sonstige Stelle, der die Sorge für die Person des Kindes zustand, das Sorgerecht zur Zeit des Verbringens oder Zurückhaltens tatsächlich nicht ausgeübt, dem Verbringen oder Zurückhalten zugestimmt oder dieses nachträglich genehmigt hat, oder
- b) dass die Rückgabe mit der schwerwiegenden Gefahr eines körperlichen oder seelischen Schadens für das Kind verbunden ist oder das Kind auf andere Weise in eine unzumutbare Lage bringt.

Das Gericht oder die Verwaltungsbehörde kann es ferner ablehnen, die Rückgabe des Kindes anzuordnen, wenn festgestellt wird, dass sich das Kind der Rückgabe widersetzt und dass es ein Alter und eine Reife erreicht hat, angesichts deren es angebracht erscheint, seine Meinung zu berücksichtigen.

Bei Würdigung der in diesem Artikel genannten Umstände hat das Gericht oder die Verwaltungsbehörde die Auskünfte über die soziale Lage des Kindes zu berücksichtigen, die von der zentralen Behörde oder einer anderen zuständigen Behörde des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes erteilt worden sind.

Artikel 14

Haben die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates festzustellen, ob ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten im Sinn des Artikels 3 vorliegt, so können sie das im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes geltende Recht und die gerichtlichen oder behördlichen Entscheidungen, gleichviel ob sie dort förmlich anerkannt sind oder nicht, unmittelbar berücksichtigen; dabei brauchen sie die besonderen Verfahren zum Nachweis dieses Rechts oder zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen, die sonst einzuhalten wären, nicht zu beachten.

Artikel 15

Bevor die Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaats die Rückgabe des Kindes anordnen, können sie vom Antragsteller die Vorlage einer Ent-

scheidung oder sonstigen Bescheinigung der Behörden des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes verlangen, aus der hervorgeht, dass das Verbringen oder Zurückhalten widerrechtlich im Sinn des Artikels 3 war, sofern in dem betreffenden Staat eine derartige Entscheidung oder Bescheinigung erwirkt werden kann. Die zentralen Behörden der Vertragsstaaten haben den Antragsteller beim Erwirken einer derartigen Entscheidung oder Bescheinigung soweit wie möglich zu unterstützen.

Artikel 16

Ist den Gerichten oder Verwaltungsbehörden des Vertragsstaats, in den das Kind verbracht oder in dem es zurückgehalten wurde, das widerrechtliche Verbringen oder Zurückhalten des Kindes im Sinn des Artikels 3 mitgeteilt worden, so dürfen sie keine Sachentscheidung über das Sorgerecht treffen, solange nicht entschieden ist, dass das Kind aufgrund dieses Übereinkommens nicht zurückzugeben ist, oder sofern innerhalb angemessener Frist nach der Mitteilung kein Antrag nach dem Übereinkommen gestellt wird.

Artikel 17

Der Umstand, dass eine Entscheidung über das Sorgerecht im ersuchten Staat ergangen oder dort anerkennbar ist, stellt für sich genommen keinen Grund dar, die Rückgabe eines Kindes nach Massgabe dieses Übereinkommens abzulehnen; die Gerichte oder Verwaltungsbehörden des ersuchten Staates können jedoch bei der Anwendung des Übereinkommens die Entscheidungsgründe berücksichtigen.

Artikel 18

Die Gerichte oder Verwaltungsbehörden werden durch die Bestimmungen dieses Kapitels nicht daran gehindert, jederzeit die Rückgabe des Kindes anzuordnen.

Artikel 19

Eine aufgrund dieses Übereinkommens getroffene Entscheidung über die Rückgabe des Kindes ist nicht als Entscheidung über das Sorgerecht anzusehen.

Artikel 20

Die Rückgabe des Kindes nach Artikel 12 kann abgelehnt werden, wenn sie nach den im ersuchten Staat geltenden Grundwerten über den Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten unzulässig ist.

Kapitel IV Besuchsrecht

Artikel 21

Der Antrag auf Durchführung oder wirksame Ausübung des Besuchsrechts kann in derselben Weise an die zentrale Behörde eines Vertragsstaats gerichtet werden wie ein Antrag auf Rückgabe des Kindes.

Die zentralen Behörden haben aufgrund der in Artikel 7 genannten Verpflichtung zur Zusammenarbeit die ungestörte Ausübung des Besuchsrechts sowie die Erfüllung aller Bedingungen zu fördern, denen die Ausübung dieses Rechts unterliegt. Die zentralen Behörden unternehmen Schritte, um soweit wie möglich alle Hindernisse auszuräumen, die der Ausübung dieses Rechts entgegenstehen.

Die zentralen Behörden können unmittelbar oder mit Hilfe anderer die Einleitung eines Verfahrens vorbereiten oder unterstützen mit dem Ziel, das Besuchsrecht durchzuführen oder zu schützen und zu gewährleisten, dass die Bedingungen, von denen die Ausübung dieses Rechts abhängen kann, beachtet werden.

Kapitel V Allgemeine Bestimmungen

Artikel 22

In gerichtlichen oder behördlichen Verfahren, die unter dieses Übereinkommen fallen, darf für die Zahlung von Kosten und Auslagen eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung gleich welcher Bezeichnung nicht auferlegt werden.

Artikel 23

Im Rahmen dieses Übereinkommens darf keine Beglaubigung oder ähnliche Förmlichkeit verlangt werden.

Artikel 24

Anträge, Mitteilungen oder sonstige Schriftstücke werden der zentralen Behörde des ersuchten Staates in der Originalsprache zugesandt; sie müssen von einer Übersetzung in die Amtssprache oder eine der Amtssprachen des ersuchten Staates oder, wenn eine solche Übersetzung nur schwer erhältlich ist, von einer Übersetzung ins Französische oder Englische begleitet sein.

Ein Vertragsstaat kann jedoch einen Vorbehalt nach Artikel 42 anbringen und darin gegen die Verwendung des Französischen oder Englischen, jedoch nicht beider Sprachen, in den seiner zentralen Behörde übersandten Anträgen, Mitteilungen oder sonstigen Schriftstücken Einspruch erheben.

Artikel 25

Angehörigen eines Vertragsstaats und Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem solchen Staat haben, wird in allen mit der Anwendung dieses Übereinkommens zusammenhängenden Angelegenheiten unentgeltliche Rechtshilfe und Rechtsberatung in jedem anderen Vertragsstaat zu denselben Bedingungen bewilligt wie Angehörigen des betreffenden Staates, die dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben.

Artikel 26

Jede zentrale Behörde trägt ihre eigenen Kosten, die bei der Anwendung dieses Übereinkommens entstehen.

Für die nach diesem Übereinkommen gestellten Anträge erheben die zentralen Behörden und andere Behörden der Vertragsstaaten keine Gebühren. Insbesondere dürfen sie vom Antragsteller weder die Bezahlung von Verfahrenskosten noch der Kosten verlangen, die gegebenenfalls durch die Beiordnung eines Rechtsanwalts entstehen. Sie können jedoch die Erstattung der Auslagen verlangen, die durch die Rückgabe des Kindes entstanden sind oder entstehen.

Ein Vertragsstaat kann jedoch einen Vorbehalt nach Artikel 42 anbringen und darin erklären, dass er nur insoweit gebunden ist, die sich aus der Beiordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichtsverfahren ergebenden Kosten im Sinn des Absatzes 2 zu übernehmen, als diese Kosten durch sein System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind.

Wenn die Gerichte oder Verwaltungsbehörden aufgrund dieses Übereinkommens die Rückgabe des Kindes anordnen oder Anordnungen über das Besuchsrecht treffen, können sie, soweit angezeigt, der Person, die das Kind verbracht oder zurückgehalten oder die die Ausübung des Besuchsrechts vereitelt hat, die Erstattung der dem Antragsteller selbst oder für seine Rechnung entstandenen notwendigen Kosten auferlegen; dazu gehören insbesondere die Reisekosten, alle Kosten oder Auslagen für das Auffinden des Kindes, Kosten der Rechtsvertretung des Antragstellers und Kosten für die Rückgabe des Kindes.

Artikel 27

Ist offenkundig, dass die Voraussetzungen dieses Übereinkommens nicht erfüllt sind oder dass der Antrag sonstwie unbegründet ist, so ist eine zentrale Behörde nicht verpflichtet, den Antrag anzunehmen. In diesem Fall teilt die zentrale Behörde dem Antragsteller oder gegebenenfalls der zentralen Behörde, die ihr den Antrag übermittelt hat, umgehend ihre Gründe mit.

Artikel 28

Eine zentrale Behörde kann verlangen, dass dem Antrag eine schriftliche Vollmacht beigelegt wird, durch die sie ermächtigt wird, für den Antragsteller tätig zu werden oder einen Vertreter zu bestellen, der für ihn tätig wird.

Artikel 29

Dieses Übereinkommen hindert Personen, Behörden oder sonstige Stellen, die eine Verletzung des Sorgerechts oder des Besuchsrechts im Sinn des Artikels 3 oder 21 geltend machen, nicht daran, sich unmittelbar an die Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaats zu wenden, gleichviel ob dies in Anwendung des Übereinkommens oder unabhängig davon erfolgt.

Artikel 30

Jeder Antrag, der nach diesem Übereinkommen an die zentralen Behörden oder unmittelbar an die Gerichte oder Verwaltungsbehörden eines Vertragsstaats gerichtet wird, sowie alle dem Antrag beigefügten oder von einer zentralen Behörde beschafften Schriftstücke und sonstigen Mitteilungen sind von den Gerichten oder Verwaltungsbehörden der Vertragsstaaten ohne weiteres entgegenzunehmen.

Artikel 31

Bestehen in einem Staat auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder zwei oder mehr Rechtssysteme, die in verschiedenen Gebietseinheiten gelten, so ist

- a) eine Verweisung auf den gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat als Verweisung auf den gewöhnlichen Aufenthalt in einer Gebietseinheit dieses Staates zu verstehen;
- b) eine Verweisung auf das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts als Verweisung auf das Recht der Gebietseinheit dieses Staates zu verstehen, in der das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Artikel 32

Bestehen in einem Staat auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder zwei oder mehr Rechtssysteme, die für verschiedene Personengruppen gelten, so ist eine Verweisung auf das Recht dieses Staates als Verweisung auf das Rechtssystem zu verstehen, das sich aus der Rechtsordnung dieses Staates ergibt.

Artikel 33

Ein Staat, in dem verschiedene Gebietseinheiten ihre eigenen Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sorgerechts für Kinder haben, ist nicht verpflichtet, dieses Übereinkommen anzuwenden, wenn ein Staat mit einheitlichem Rechtssystem dazu nicht verpflichtet wäre.

Artikel 34

Dieses Übereinkommen geht im Rahmen seines sachlichen Anwendungsbereichs dem Übereinkommen vom 5. Oktober 1961¹⁾ über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Min-

¹⁾ SR 0.211.231.01

derjährigen vor, soweit die Staaten Vertragsparteien beider Übereinkommen sind. Im übrigen beschränkt dieses Übereinkommen weder die Anwendung anderer internationaler Übereinkünfte, die zwischen dem Ursprungsstaat und dem ersuchten Staat in Kraft sind, noch die Anwendung des nichtvertraglichen Rechts des ersuchten Staates, wenn dadurch die Rückgabe eines widerrechtlich verbrachten oder zurückgehaltenen Kindes erwirkt oder die Durchführung des Besuchsrechts bezweckt werden soll.

Artikel 35

Dieses Übereinkommen findet zwischen den Vertragsstaaten nur auf ein widerrechtliches Verbringen oder Zurückhalten Anwendung, das sich nach seinem Inkrafttreten in diesen Staaten ereignet hat.

Ist eine Erklärung nach Artikel 39 oder 40 abgegeben worden, so ist die in Absatz 1 des vorliegenden Artikels enthaltene Verweisung auf einen Vertragsstaat als Verweisung auf die Gebietseinheit oder die Gebietseinheiten zu verstehen, auf die das Übereinkommen angewendet wird.

Artikel 36

Dieses Übereinkommen hindert zwei oder mehr Vertragsstaaten nicht daran, Einschränkungen, denen die Rückgabe eines Kindes unterliegen kann, dadurch zu begrenzen, dass sie untereinander vereinbaren, von solchen Bestimmungen des Übereinkommens abzuweichen, die eine derartige Einschränkung darstellen könnten.

Kapitel VI Schlussbestimmungen

Artikel 37

Dieses Übereinkommen liegt für die Staaten zur Unterzeichnung auf, die zum Zeitpunkt der Vierzehnten Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Mitglied der Konferenz waren.

Es bedarf der Ratifikation, Annahme oder Genehmigung; die Ratifikations-, Annahme- oder Genehmigungsurkunden werden beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande hinterlegt.

Artikel 38

Jeder andere Staat kann dem Übereinkommen beitreten.

Die Beitrittsurkunde wird beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande hinterlegt.

Das Übereinkommen tritt für den beitretenden Staat am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach Hinterlegung seiner Beitrittsurkunde in Kraft.

Der Beitritt wirkt nur in den Beziehungen zwischen dem beitretenden Staat und den Vertragsstaaten, die erklären, den Beitritt anzunehmen. Eine solche Erklärung ist auch von jedem Mitgliedstaat abzugeben, der nach dem Beitritt das Übereinkommen ratifiziert, annimmt oder genehmigt. Diese Erklärung wird beim Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande hinterlegt; dieses Ministerium übermittelt jedem Vertragsstaat auf diplomatischem Weg eine beglaubigte Abschrift.

Das Übereinkommen tritt zwischen dem beitretenden Staat und dem Staat, der erklärt hat, den Beitritt anzunehmen, am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach Hinterlegung der Annahmeerklärung in Kraft.

Artikel 39

Jeder Staat kann bei der Unterzeichnung, der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt erklären, dass sich das Übereinkommen auf alle oder auf einzelne der Hoheitsgebiete erstreckt, deren internationale Beziehungen er wahrnimmt. Eine solche Erklärung wird wirksam, sobald das Übereinkommen für den betreffenden Staat in Kraft tritt.

Eine solche Erklärung sowie jede spätere Erstreckung wird dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert.

Artikel 40

Ein Vertragsstaat, der aus zwei oder mehr Gebietseinheiten besteht, in denen für die in diesem Übereinkommen behandelten Angelegenheiten unterschiedliche Rechtssysteme gelten, kann bei der Unterzeichnung, der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt erklären, dass das Übereinkommen auf alle seine Gebietseinheiten oder nur auf eine oder mehrere davon erstreckt wird; er kann diese Erklärung durch Abgabe einer neuen Erklärung jederzeit ändern.

Jede derartige Erklärung wird dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande unter ausdrücklicher Bezeichnung der Gebietseinheiten notifiziert, auf die das Übereinkommen angewendet wird.

Artikel 41

Hat ein Vertragsstaat eine Staatsform, aufgrund deren die vollziehende, die rechtsprechende und die gesetzgebende Gewalt zwischen zentralen und anderen Organen innerhalb des betreffenden Staates aufgeteilt sind, so hat die Unterzeichnung oder Ratifikation, Annahme oder Genehmigung dieses Übereinkommens oder der Beitritt zu dem Übereinkommen oder die Abgabe einer Erklärung nach Artikel 40 keinen Einfluss auf die Aufteilung der Gewalt innerhalb dieses Staates.

Artikel 42

Jeder Staat kann spätestens bei der Ratifikation, der Annahme, der Genehmigung oder dem Beitritt oder bei Abgabe einer Erklärung nach Artikel 39 oder 40 einen der in Artikel 24 und Artikel 26 Absatz 3 vorgesehenen Vorbehalte oder beide anbringen. Weitere Vorbehalte sind nicht zulässig.

Jeder Staat kann einen von ihm angebrachten Vorbehalt jederzeit zurücknehmen. Die Rücknahme wird dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert.

Die Wirkung des Vorbehalts endet am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der in Absatz 2 genannten Notifikation.

Artikel 43

Das Übereinkommen tritt am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der in den Artikeln 37 und 38 vorgesehenen Hinterlegung der dritten Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde in Kraft.

Danach tritt das Übereinkommen in Kraft

1. für jeden Staat, der es später ratifiziert, annimmt, genehmigt oder ihm später beitrifft, am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach Hinterlegung seiner Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde;
2. für jedes Hoheitsgebiet oder jede Gebietseinheit, auf die es nach Artikel 39 oder 40 erstreckt worden ist, am ersten Tag des dritten Kalendermonats nach der in dem betreffenden Artikel vorgesehenen Notifikation.

Artikel 44

Das Übereinkommen bleibt für die Dauer von fünf Jahren in Kraft, vom Tag seines Inkrafttretens nach Artikel 43 Absatz 1 an gerechnet, und zwar auch für die Staaten, die es später ratifiziert, angenommen oder genehmigt haben oder ihm später beigetreten sind.

Die Geltungsdauer des Übereinkommens verlängert sich, ausser im Fall der Kündigung, stillschweigend um jeweils fünf Jahre.

Die Kündigung wird spätestens sechs Monate vor Ablauf der fünf Jahre dem Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert. Sie kann sich auf bestimmte Hoheitsgebiete oder Gebietseinheiten beschränken, auf die das Übereinkommen angewendet wird.

Die Kündigung wirkt nur für den Staat, der sie notifiziert hat. Für die anderen Vertragsstaaten bleibt das Übereinkommen in Kraft.

Artikel 45

Das Ministerium für Auswärtige Angelegenheiten des Königreichs der Niederlande notifiziert den Mitgliedstaaten der Konferenz sowie den Staaten, die nach Artikel 38 beigetreten sind,

1. jede Unterzeichnung, Ratifikation, Annahme und Genehmigung nach Artikel 37;
2. jeden Beitritt nach Artikel 38;
3. den Tag, an dem das Übereinkommen nach Artikel 43 in Kraft tritt;
4. jede Erstreckung nach Artikel 39;
5. jede Erklärung nach den Artikeln 38 und 40;
6. jeden Vorbehalt nach Artikel 24 und Artikel 26 Absatz 3 und jede Rücknahme von Vorbehalten nach Artikel 42;
7. jede Kündigung nach Artikel 44.

Zu Urkund dessen haben die hierzu gehörig befugten Unterzeichneten dieses Übereinkommen unterschrieben.

Geschehen in Den Haag am 25. Oktober 1980 in französischer und englischer Sprache, wobei jeder Wortlaut gleichermassen verbindlich ist, in einer Urschrift, die im Archiv der Regierung des Königreichs der Niederlande hinterlegt und von der jedem Staat, der während der Vierzehnten Tagung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht Mitglied der Konferenz war, auf diplomatischem Weg eine beglaubigte Abschrift übermittelt wird.

(Es folgen die Unterschriften)

0.211.230.02

Beilage

Musterformular

Antrag auf Rückgabe

Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung

Ersuchende zentrale Behörde
oder Antragsteller

Ersuchte Behörde

Betrifft das Kind

das am 19.. das 16. Lebensjahr vollendet.

Anmerkung:

Die folgenden Spalten sollen so ausführlich wie möglich ausgefüllt werden.

I. Identität des Kindes und seiner Eltern

1 Kind

Name und Vornamen

Geburtsdatum und -ort

Gewöhnlicher Aufenthaltsort vor dem
Verbringen oder Zurückhalten

Nummer des Reisepasses oder Personal-
ausweises, falls vorhanden

Personenbeschreibung und wenn möglich
Lichtbild (siehe Anlagen)

2 Eltern

2.1 Mutter: Name und Vornamen

Geburtsdatum und -ort

Staatsangehörigkeit

Beruf

Gewöhnlicher Aufenthaltsort

Nummer des Reisepasses oder
Personalausweises,
falls vorhanden

2.2	Vater:	Name und Vornamen
		Geburtsdatum und -ort
		Staatsangehörigkeit
		Beruf
		Gewöhnlicher Aufenthaltsort
		Nummer des Reisepasses oder Personalausweises, falls vorhanden
2.3	Datum und Ort der Eheschliessung	
II. Antragstellende Person oder Behörde (die das Sorgerecht vor dem Verbringen oder Zurückhalten tatsächlich ausgeübt hat)		
3	Name und Vornamen	
	Staatsangehörigkeit des Antragstellers (falls natürliche Person)	
	Beruf des Antragstellers (falls natürliche Person)	
	Anschrift	
	Nummer des Reisepasses oder Personal- ausweises, falls vorhanden	
	Beziehung zum Kind	
	Name und Anschrift des Rechtsanwalts, falls vorhanden	
III. Ort, an dem sich das Kind vermutlich befindet		
4.1	Angaben über die Person, die das Kind angeblich verbracht oder zurückgehalten hat	
	Name und Vornamen	
	Geburtsdatum und -ort, falls bekannt	
	Staatsangehörigkeit, falls bekannt	
	Beruf	
	Letzte bekannte Anschrift	
	Nummer des Reisepasses oder Personal- ausweises, falls vorhanden, Personen- beschreibung und wenn möglich Lichtbild (siehe Anlagen)	
4.2	Anschrift des Kindes	

4.3 **Andere Personen, die in der Lage sein könnten, zusätzliche Angaben über den Aufenthaltsort des Kindes zu machen**

.....

.....

.....

IV. Zeitpunkt, Ort, Datum und Umstände des widerrechtlichen Verbringens oder Zurückhaltens

.....

.....

.....

.....

V. Tatsächliche oder rechtliche Gründe, die den Antrag rechtfertigen

.....

.....

.....

.....

VI. Anhängige Zivilverfahren

.....

.....

.....

.....

VII. Das Kind ist zurückzugeben an

a) **Name und Vornamen**

Geburtsdatum und -ort

Anschrift

Telefonnummer

b) **Vorschläge, wie die Rückgabe des Kindes durchgeführt werden soll**

VIII. Sonstige Bemerkungen

.....

.....

.....

.....

IX. Verzeichnis der beigefügten Schriftstücke¹⁾

.....

.....

.....

.....

Datum

Ort.....

Unterschrift und/oder Siegel der
ersuchenden zentralen Behörde oder
des Antragstellers

.....

¹⁾ Z.B. beglaubigte Ausfertigung einer für die Sache erheblichen Entscheidung oder Vereinbarung über das Sorgerecht oder das Besuchsrecht; Bescheinigung oder eidesstattliche Erklärung (Affidavit) über das anzuwendende Recht; Auskunft über die soziale Lage des Kindes; Vollmacht für die zentrale Behörde, für den Antragsteller tätig zu werden.

Geltungsbereich des Übereinkommens am 1. April 1987

Vertragsstaaten	Ratifikation Beitritt (B)	Inkrafttreten
Australien ¹⁾	29. Oktober 1986	1. Januar 1987
Frankreich ¹⁾	16. September 1982	1. Dezember 1983
Grossbritannien ¹⁾	20. Mai 1986	1. August 1986
Kanada ¹⁾	2. Juni 1983	1. Dezember 1983
Luxemburg ¹⁾	8. Oktober 1986	1. Januar 1987
Portugal ¹⁾	29. September 1983	1. Dezember 1983
Schweiz ¹⁾	11. Oktober 1983	1. Januar 1984
Ungarn ¹⁾	7. April 1986 B ²⁾	³⁾

Vorbehalte und Erklärungen

Australien

1. Die Regierung von Australien hat erklärt, dass sich das Übereinkommen gemäss Artikel 40 nur auf das in den australischen Staaten und den kontinentalen Territorien anwendbare Rechtssystem erstrecken wird.

2. Die Regierung von Australien hat erklärt, dass sie gemäss Artikel 6 des Übereinkommens die folgenden zentralen Behörden bestimmt hat:

A. Commonwealth Central Authority

Secretary,
Attorney-General's Department,
Canberra.

B. State Central Authorities

- (i) Director,
Department of Children's Services,
Queensland.
- (ii) Secretary,
Department of Community Development,
Northern Territory.
- (iii) Director-General,
Department of Community Services,
Victoria.

¹⁾ Vorbehalte und Erklärungen siehe hiernach.

²⁾ In Anwendung von Art. 38 wirkt der Beitritt nur im Verhältnis zwischen dem beitretenden Staat und den Vertragsstaaten, die ihre Zustimmung zum Beitritt erklärt haben.

³⁾ Das Übereinkommen ist für Ungarn bisher nur im Verhältnis zu Frankreich am 1. Febr. 1987, Grossbritannien am 1. Sept. 1986, Luxemburg am 1. Jan. 1987 in Kraft getreten.

- (iv) Director-General,
Department of Youth and Community Services,
New South Wales.
- (v) Director for Community Welfare,
Department for Community Welfare,
Tasmania.
- (vi) Commissioner,
Western Australian Police Department,
Western Australia.
- (vii) Commissioner,
South Australian Police Department,
South Australia.
- (viii) Director of Welfare,
Department of Territories,
Australian Capital Territory.

Die Anträge sind für eine erste Untersuchung zu senden an: The Secretary, Attorney-General's Department, National Circuit, Barton A. C. T. 2600.»

Frankreich

Die französische Regierung hat die folgenden Vorbehalte und Erklärungen angebracht:

1. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 wird das Justizministerium, vertreten durch das Bureau für Internationale Rechtshilfe, in der Direktion für Zivilsachen als zentrale Behörde bestimmt.
2. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 42 und in Anwendung von Artikel 24 Absatz 2 wird sie nur solchen Anträgen Folge leisten, welche in französischer Sprache abgefasst oder von einer französischen Übersetzung begleitet sind, und wird die Übersetzung von allen an die zentrale Behörde gerichteten Mitteilungen und Schriftstücken in die französische Sprache verlangen.
3. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 42 und in Anwendung von Artikel 26 Absatz 3 erklärt sie, nur insoweit die Kosten im Sinn von Absatz 2 des Artikels 26 zu tragen, als diese Kosten durch das französische System der Rechtshilfe gedeckt sind.
4. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 39 erklärt sie, dass das Übereinkommen auf die Gesamtheit des Hoheitsgebietes der Französischen Republik angewendet werden wird.

Grossbritannien

Gemäss den Bestimmungen von Artikel 42 des Übereinkommens erklärt das Vereinigte Königreich, die Kosten im Sinn von Artikel 26 Absatz 2 des Übereinkommens, die sich aus der Beordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichts-

verfahren ergeben, nur insoweit zu tragen, als diese Kosten durch sein System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs hat erklärt, dass sie gemäss Artikel 6 des Übereinkommens die folgenden zentralen Behörden bestimmt hat:

- i) für England und Wales,
«the Lord Chancellor's Department
Trevelyan House
30 Great Peter Street
London SW1P 2BY»;
- ii) für Nordirland,
«the Lord Chancellor,
Northern Ireland Court Service,
Windsor House,
9/15 Bedford Street,
Belfast BT 7LT»;
- iii) für Schottland,
«the Secretary of State for Scotland,
the Scottish Courts Administration,
26/27 Royal Terrace,
Edinburgh EH7 5AH».

Kanada

1. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 40 erklärt die kanadische Regierung, dass das Übereinkommen in den Provinzen Alberta¹⁾, Ontario, Neu-Brunswick, Britisch-Kolumbien, Manitoba, Neu-Schottland, Neufundland, Quebec, Yukon-Territorium, Prinz Edwards-Insel und Saskatchewan¹⁾ angewendet werden wird.

2. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Minister für Justiz und Generalstaatsanwalt für Kanada, vertreten durch den Dienst für Landesrecht im Ausserministerium, als die zentrale Behörde bestimmt, an die die Anträge zur Weiterleitung an die zuständige Zentralbehörde in Kanada gerichtet werden können.

3. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird das Ministerium des Generalstaatsanwaltes von Ontario als zentrale Behörde für die Provinz Ontario bestimmt.

4. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsanwalt von Neu-Brunswick als zentrale Behörde für die Provinz Neu-Brunswick bestimmt.

5. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsan-

¹⁾ Das Übereinkommen ist für die Provinz Neu-Schottland am 1. Mai 1984, für die Provinz Neufundland am 1. Okt. 1984, für die Provinz Quebec am 1. Jan. 1985, für die Provinz Prinz Edwards-Insel am 1. Mai 1986, für die Provinz Saskatchewan am 1. Nov. 1986, für die Provinz Alberta am 1. Febr. 1987 und für das Yukon-Territorium am 1. Febr. 1985 in Kraft getreten.

walt von Britisch-Kolumbien als zentrale Behörde für die Provinz Britisch-Kolumbien bestimmt.

6. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsanwalt von Manitoba als zentrale Behörde für die Provinz Manitoba bestimmt.

7. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsanwalt von Neu-Schottland als zentrale Behörde für die Provinz Neu-Schottland bestimmt.

8. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsanwalt von Neufundland als zentrale Behörde für die Provinz Neufundland bestimmt.

9. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird das Justizministerium von Quebec als zentrale Behörde für die Provinz Quebec bestimmt.

10. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird das Justizministerium und Oberstaatsanwalt der Prinz Edwards-Insel als zentrale Behörde für die Provinz Prinz Edwards-Insel bestimmt.

11. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird das Justizministerium von Saskatchewan als zentrale Behörde für die Provinz Saskatchewan bestimmt.

12. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Generalstaatsanwalt von Alberta als zentrale Behörde für die Provinz Alberta bestimmt.

13. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 6 Absatz 2 wird der Justizminister des Yukon-Territoriums als zentrale Behörde für das Yukon-Territorium bestimmt.

14. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 42 und in Anwendung von Artikel 24 Absatz 2 wird eine französische Übersetzung für jeden Antrag, jede Mitteilung oder jedes andere Dokument betreffend die Provinz Quebec verlangt werden, das nicht selbst in französischer oder englischer Sprache abgefasst ist.

15. Gemäss den Bestimmungen von Artikel 42 und in Anwendung von Artikel 26 Absatz 3 erklärt die kanadische Regierung, bezüglich der Anträge an die Provinzen Alberta, Ontario, Neu-Brunswick, Britisch-Kolumbien, Neu-Schottland, Neufundland, Quebec, Prinz Edwards-Insel, Saskatchewan und an das Yukon-Territorium nur insoweit die Kosten im Sinn von Absatz 2 des Artikels 26 zu tragen, als diese durch das Rechtshilfesystem der betreffenden Provinz gedeckt sind.

Luxemburg

1. Das Grossherzogtum von Luxemburg erklärt, dass es nur insoweit gebunden ist, die in Artikel 26 Absatz 2 des Übereinkommens erwähnten Kosten, nämlich die sich aus der Beiordnung eines Rechtsanwalts oder aus einem Gerichtsverfahren ergebenden Kosten, zu übernehmen, als diese Kosten durch das luxemburgische System der unentgeltlichen Rechtshilfe und Rechtsberatung gedeckt sind.

2. Der Generalstaatsanwalt wird als in Artikel 6 des Übereinkommens vorgesehene zentrale Behörde bestimmt.

Portugal

Die portugiesische Regierung hat mitgeteilt, dass die in Artikel 6 des Übereinkommens vorgesehene zentrale portugiesische Behörde die folgende ist:

Direcção-Geral dos Serviços Tutelares de Menores do Ministério da Justiça.

Schweiz ¹⁾

Die schweizerische Regierung hat mitgeteilt, dass die in Artikel 6 des Übereinkommens vorgesehene zentrale Behörde die folgende ist:

Das Bundesamt für Justiz des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements.

Ungarn

Gemäss Artikel 6 des Übereinkommens hat die Ungarische Volksrepublik als zentrale Behörde zur Erfüllung der durch das Übereinkommen auferlegten Pflichten bestimmt:

Das Justizministerium

1366, Budapest

V. Szalay utca 16

¹⁾ Art. 2 des BB vom 21. Juni 1983 (AS 1983 1680)

Lebenslauf

Ich wurde am 4. April 1959 in Zürich geboren. Nach sechs Jahren Primarschule in Zürich-Oerlikon besuchte ich ab 1972 die Kantonsschule Oerlikon, die ich 1978 mit der Matura Typus B abschloss. 1979 immatrikulierte ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich; 1984 wurde ich zum Lizentiaten ernannt. Ab Herbst gleichen Jahres war ich halbtags als Assistentin bei Prof. W. Haller tätig und begann überdies die vorliegende Arbeit zu schreiben. Seit dem 1. August 1987 arbeite ich als Auditorin am Bezirksgericht Meilen. Am 24. Februar 1988 bestand ich die Doktorprüfung.

